Christoph Stegtmeyer

DER VORZEITIGE ERBAUSGLEICH NACH §§ 1934 d 1934 e B G B - RECHTSDOGMATISCHE ANALYSE EINES NEUARTIGEN RECHTSINSTITUTS

1977

1976

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547226_0005

Der vorzeitige Erbausgleich nach §§ 1934 d, 1934 e BGB - rechtsdogmatische Analyse eines neuartigen Rechtsinstituts

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Christoph Stegtmeyer
aus Thuine

1977

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Schlüter
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Battes
Dekan:	Prof. Dr. Achterberg
Tag der mündlichen Prüfung:	11. 11. 1976

Inhaltsübersicht

Seite

Schrifttumsverzeichnis X

Abkürzungsverzeichnis XVII

1. Abschnitt: Einleitung 1

Gegenstand der Untersuchung

2. Abschnitt: Hauptteil 2

1. Kapitel: Die Rechtsnatur des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich 2

A. Die Notwendigkeit der rechtlichen Qualifizierung des Anspruchs 2

I. Die für Unterhaltsansprüche geltenden §§ 23 a Nr. 2 GVG, 85o d ZPO 2

II. Die in Betracht kommenden Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts 3

III. Die Übergangsregelung des Art. 12 § 1o Abs. 2 S. 1 NEG 5

B. Die Rechtsnatur des Anspruchs 7

I. Das für die Rechtsnatur eines Anspruchs maßgebliche Kriterium 7

II. Die Neuartigkeit des vorzeitigen Erbausgleichs 8

1. Der Versuch einer Einordnung des Anspruchs in das Unterhaltsrecht 9

2. Die erbrechtliche Zielsetzung des vorzeitigen Erbausgleichs; die materielle Grundlage des Anspruchs 14

C. Die sich aus der erbrechtlichen Natur des Anspruchs ergebenden Konsequenzen 17

I. Die Anwendbarkeit der §§ 23 a Nr. 2 GVG, 85o d ZPO; die Geltung des Art. 12 § 1o Abs. 2 S. 1 NEG 17

II. Die Rechtslage im internationalen Privatrecht 17

Seite

2. Kapitel: Der Entstehungstatbestand des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich 21

A. Die Tatbestandsmerkmale des § 1934 d Abs. 1 21

B. Die Frage nach weiteren Entstehungsvoraussetzungen 24

I. Der Anlaß zu dieser Frage 24

II. Der Meinungsstand 25

III. Die Einordnung der vertretenen Ansichten 27

C. Stellungnahme 28

I. Der Wortlaut des § 1934 d als Ausgangspunkt 28

II. Der Sinnzusammenhang von § 1934 d Abs. 1 und Abs. 3 29

III. Das in § 1934 d Abs. 1 normierte Recht als "Anspruch" oder "Gestaltungsrecht" 3o

1. Der rechtsfunktionale Zusammenhang von § 1934 d Abs. 1 und Abs. 3 31

2. Ergebnis 35

IV. "Der in seiner Entstehung durch seine Geltendmachung bedingte Anspruch" 35

1. Die herkömmliche Unterscheidung zwischen bedingten, befristeten, betagten und verhaltenen Ansprüchen 36

2. Die Bedeutung des Verlangens des Gläubigers nach Leistung 38

3. Das in § 1934 d Abs. 1 normierte subjektive Recht als verhaltener Anspruch 39

V. Die Frage nach dem Inhalt des in § 1934 d Abs. 1 normierten Anspruchs 4o

1. Der Anlaß zu dieser Frage 41

2. Die Unterscheidung zwischen Anspruch auf Abschluß einer Vereinbarung und dem mit Zustandekommen des Erbausgleichs entstehenden Zahlungsanspruch 41

3. Stellungnahme 42

a. Kritik der Unterscheidung zwischen Anspruch auf Abschluß einer Vereinbarung und Zahlungsanspruch 43

Seite

b. Das Regelungssystem der §§ 1934 d, 1934 e 45

aa. Die Funktion der notariellen Vereinbarung 46

bb. Die Frage nach dem Bedürfnis, zwischen Anspruch auf Abschluß einer Vereinbarung und Zahlungsanspruch zu unterscheiden 48

cc. Ergebnis 52

dd. Die Vereinbarkeit des Ergebnisses mit Fälligkeit und Verjährung des Anspruchs 53

ee. Die Ausgleichsforderung nach Zudekommen des Erbausgleichs 56

VI. Zusammenfassendes Ergebnis 57

3. Kapitel: Die Höhe der Ausgleichsforderung 59

A. Der Regelausgleichsbetrag nach § 1934 d Abs. 2 S. 1 6o

I. Die gesetzliche Regelung des § 1934 d Abs. 2 S. 1 6o

II. Die Berechnung des Ausgleichsbetrages im Fall der Adoption des ne. Kindes durch einen Dritten 61

1. Der Anlaß zu dieser Frage und der Meinungsstand 62

2. Stellungnahme 63

a. Die zu berücksichtigenden gesetzlichen Wertungen 63

b. Kritik der bisherigen Lösungsversuche 65

c. Der maßgebliche Berechnungsmodus 66

d. Ergebnis 67

B. Abweichungen vom Regelausgleichsbetrag - die Regelung des § 1934 d Abs. 2 S. 2 68

I. Sinn und Zweck des § 1934 d Abs. 2 S. 2 68

II. Die mit den weitgefaßten Tatbestandsmerkmalen verbundenen Schwierigkeiten 69

1. Abweichungen vom Regelausgleichsbetrag zugunsten des Kindes 7o

2. Abweichungen vom Regelausgleichsbetrag zugunsten des Vaters 72

Seite

4. Kapitel: Geltendmachen und Rücknahme des Ausgleichsverlangens 74

A. Die systematische Einordnung des Geltenmachens und der Rücknahme des Ausgleichsverlangens; die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen 74

I. Ausgleichs- und Rücknahmeverlangen im System der herkömmlichen juristischen Handlungen 74

II. Die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen auf das Geltendmachen und die Rücknahme des Ausgleichsverlangens 78

B. Die Wiederholbarkeit des Ausgleichsverlangens 82

I. Der Meinungsstand 82

II. Stellungnahme 83

C. Sonderfragen zum Rücknahmeverlangen 85

I. Die Rechtslage bei Rücknahme des Ausgleichsverlangens vor der notariellen Beurkundung der Vereinbarung 85

1. Allgemeine Darstellung der Rechtslage 85

2. Die Frage der Umdeutung der formnichtigen Vereinbarung in ein formlos gültiges Ausstattungsversprechen 86

II. Rechtsfragen, die sich aufgrund des dem ne. Kind gewährten Rechts ergeben, noch bis zur Rechtskraft der den Erbausgleich zusprechenden Entscheidung das Ausgleichsverlangen zurückzunehmen 88

1. Das Recht zur Klagerücknahme auch ohne Einwilligung des Vaters 88

a. Der Wortlaut des § 1934 d Abs. 4 S. 2 89

b. Die Kostenfrage 9o

c. Der Sinn des § 1934 d Abs. 4 S. 2 92

aa. Die Rechtslage zwischen den Instanzen und der Widerspruch zum Sinn und Zweck des § 1934 Abs. 4 S. 2 92

bb. Das Recht zum Rechtsmittel trotz Fehlens einer Beschwer als möglicher Lösungsversuch 94

Seite

cc. Die extensive Auslegung des § 1934 d Abs. 4 S. 2 94

d. Ergebnis 97

2. Der Schadensersatzanspruch des Vaters aus § 717 Abs. 2 ZPO 98

a. Die grds. Problematik der entsprechenden Anwendung des § 717 Abs. 2 ZPO auf die Fälle der Klagerücknahme 98

b. Die besondere Problemstellung im Rahmen des vorzeitigen Erbausgleichs 99

aa. Der § 717 Abs. 2 ZPO zugrunde liegende Gedanke 1oo

bb. Die Interessenlage beim vorzeitigen Erbausgleich; Ergebnis 1o1

c. Die Anwendbarkeit des § 717 Abs. 2 ZPO auch bei oberlandesgerichtlichen Urteilen 1o4

5. Kapitel: Die Rechtsfolgeregelung des § 1934 e 1o6

A. Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 1934 e 1o6

I. Die allgemeinen Voraussetzungen des Erbrechtsausschlusses 1o6

II. Die zwingende Natur der in § 1934 d Abs. 1 und Abs. 3 festgesetzten Altersgrenzen 1o8

1. Die Rechtslage bei Verjährung des Anspruchs 1o8

2. Die Wirkungen einer außerhalb der in Abs. 1 und Abs. 3 normierten Fristen abgeschlossenen Vereinbarung 1o9

a. Die Problemstellung 11o

b. Die zu berücksichtigenden Kriterien 111

c. Die gebotene differenzierte Betrachtungsweise 112

aa. Die Rechtslage vor Beginn der in Abs. 1 bestimmten Frist 112

bb. Die Rechtslage nach Ablauf der in Abs. 1 bestimmten Frist 113

d. Ergebnis 115

Seite

B. Der Einfluß der dem zustande gekommenen Erbausgleich nachfolgenden Legitimation oder Adoption auf die in § 1934 e normierten Wirkungen des vorzeitigen Erbausgleichs 115

I. Der Anlaß zu dieser Frage und der Meinungsstand 116

II. Stellungnahme 117

1. Der Einfluß der nachfolgenden Legitimation durch Heirat der Eltern oder Ehelichkeitserklärung auf den zustande gekommenen Erbausgleich 118

a. Der Sinnzusammenhang der §§ 1934 d, 1934 e und der Vorschriften über die Legitimation 119

aa. Die erbrechtliche Zielsetzung des vorzeitigen Erbausgleichs 119

bb. Die ausstattungsrechtliche Funktion 12o

b. Die entsprechende Anwendung der §§ 2o5o Abs. 1, 2o51 Abs. 1, 2315 121

c. Die Frage des Rückforderungs- und Einrederechts des Vaters 122

2. Der Einfluß nachfolgender Adoption auf den zustande gekommenen Erbausgleich 126

a. Die Rechtsfolgen der Adoption 126

b. Der Einfluß dieser Rechtsfolgen auf die Anwendbarkeit des § 1934 e 127

c. Zusammenfassendes Ergebnis 13o

C. Die Beseitigung der Wirkungen aus § 1934 e 131

I. Die grds. Zulässigkeit der Aufhebung des Erbrechtsausschlusses und die Wirkungen der Aufhebung 131

1. Unproblematische Fälle 131

2. Die einverständliche Beseitigung der Wirkungen aus § 1934 e 132

a. Die Rechtslage beim rechtskräftig zugesprochenen Erbausgleich 132

b. Die Problemstellung für die Beurteilung der Rechtslage beim vereinbarten Erbausgleich 133

c. Stellungnahme 135

3. Die Wirkungen der Beseitigung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1934 e in den zu 1. genannten Fällen 137

Seite

II. Sonderfragen 139

1. Die formellen Wirksamkeitserfordernisse der Aufhebungsvereinbarung 139

2. Die Beseitigung der Wirkungen aus § 1934 e durch auflösende Bedingung und Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts 139

3. Die Anwendbarkeit von § 326 14o

a. Die Bedeutung der Frage 141

b. Der Meinungsstand 141

c. Stellungnahme 142

aa. Die Voraussetzungen für eine direkte Anwendung des § 326 142

bb. Die analoge Anwendung des § 326 144

cc. Die Anwendbarkeit der §§ 32o ff auf die Erbausgleichsvereinbarung 148

6. Kapitel: Leistungen des Vaters ohne wirksame Festsetzung des Erbausgleichs - Fragen zu § 1934 d Abs. 4 S. 3 15o

A. Die Rechtslage zu Lebzeiten des Vaters 152

I. Die Anspruchsgrundlage für das Rückforderungsrecht 152

1. Die Geltung der Rücktrittsvorschriften 153

2. § 812 als Anspruchsgrundlage 154

a. Der bei im Hinblick auf den Erbausgleich geleisteten Zahlungen maßgebliche Grund für eine Leistungskondiktion 155

b. Die Rechtslage bei nachträglicher Beseitigung des zustande gekommenen Erbausgleichs 16o

c. Zusammenfassendes Ergebnis 161

II. Der Entstehungstatbestand des Rückforderungsanspruchs 161

B. Die Rechtslage nach dem Tode des Vaters 163

I. Der Vater hat zu Lebzeiten seine Zahlungen zurückgefordert 164

Seite

II. Der Vater hat seine Zahlungen nicht zurückgefordert 164

1. Die entsprechende Anwendung der §§ 2o5o Abs. 1, 2o51 Abs. 1, 2315 165

2. Die Problematik der Verweisung auf die §§ 2o5o Abs. 1, 2o51 Abs. 1, 2315 166

a. Die Frage des Wahlrechts der Abkömmlinge 167

b. Der durch § 1934 d Abs. 4 S. 3 erfolgte Ausschluß der Vererblichkeit des Rückforderungsrechts 168

c. Ergebnis 171

7. Kapitel: Einreden gegen den Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich 172

A. Der Ausschluß des Anspruchs wegen bestimmter, gegen den Erblasser gerichteter Verfehlungen 172

I. Problemstellung und Meinungsstand 172

II. Stellungnahme 173

1. Die Anwendbarkeit der §§ 2333, 2339, 2345 Abs. 2 vor Zustandekommen des Erbausgleichs 174

a. Der den §§ 2333, 2339, 2345 Abs. 2 zugrunde liegende Gedanke 174

b. Die Zulässigkeit des Analogieschlusses 175

c. Die Unbeachtlichkeit der noch bis zum Erbfall möglichen Verzeihung 177

d. Die Formalisierung der Pflichtteilsentziehung und der Erbunwürdigkeit und ihre Geltung beim Ausschluß des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich 178

e. Zusammenfassendes Ergebnis 18o

2. Die Anwendbarkeit der §§ 2333, 2339, 2345 Abs. 2 auf die notariell vereinbarte oder rechtskräftig zugesprochene Ausgleichsforderung 181

B. Sonstige Einreden 184

I. Die entsprechende Anwendung von § 2338 184

II. Der Ausschluß aufgrund wirksamen Erbverzichts 186

Seite

III. Der Einfluß einer vertragsmäßigen letztwilligen Verfügung zugunsten des ne. Kindes auf den Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich 187

1. Der Einfluß einer vom Vater zugunsten des ne. Kindes getroffenen vertragsmäßigen Verfügung bei Vertragsschluß mit einem Dritten 187

2. Der Einfluß eines mit dem ne. Kind geschlossenen Erbvertrags 189

a. Kritik der bisherigen Lösungsversuche 189

b. Das Recht des Vaters zur Beseitigung der vertragsmäßigen Verfügung 19o

c. Ergebnis 192

IV. Die Verjährung des Anspruchs; insbesondere die Anwendbarkeit des § 2o8 193

V. Die Stundungsregelung des § 1934 d Abs. 5 195

1. Der Sinn und Zweck des § 1934 d Abs. 5 196

2. Das Verfahren der Stundung 196

3. Die Voraussetzungen der Stundung 197

a. Die allgemeine Regelung des Abs. 5 S. 2 197

b. Die Stundung wegen laufender Unterhaltsgewährung 199

4. Die Modalitäten der Stundung 2oo

Schrifttumsverzeichnis

Advocatus anonymus Rhenanus	Vorzeitiger Erbausgleich nach § 1934 d BGB auch für vor dem 1. Juli 1949 geborene nichteheliche Kinder? in: FamRZ 1971 S. 2o f
Bartholomeyczik, Horst	Anmerkung zu LG Ravensburg NJW 1955 S. 795, in: NJW 1955 S. 795 f
Bartholomeyczik-Schlüter	Erbrecht, 1o. Auflage, München 1975
Baumbach-Lauterbach	Zivilprozeßordnung, 33. Auflage, München 1975
Baur, Fritz	Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967
Beitzke, Günther	Familienrecht, 18. Auflage, München 1976
ders.	Internationalrechtliches zum nichtehelichen Kind, in: StAZ 197o S. 235 ff
Blomeyer, Arwed	Allgemeines Schuldrecht, 4. Auflage, Berlin und Frankfurt 1969
ders.	Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, Berlin, Göttingen, Heidelberg 196o
ders.	Grundprobleme der Erledigung der Hauptsache, in: JuS 1962 S. 212 ff
Bosch, Friedrich Wilhelm	Anmerkung zu OLG Braunschweig FamRZ 1958 S. 418, in: FamRZ 1958 S. 42o
ders.	Nichtehelichenrecht als Diskussions- oder Streitgegenstand? in: FamRZ 1967 S. 517 ff
ders.	Reform des Unehelichenrechts? Ja - aber wie? in: FamRZ 1968 S. 621 ff
ders.	Einführung in das neue "Nichtehelichenrecht", in: FamRZ 1969 S. 5o5 ff
ders.	Das neue Recht des nichtehelichen Kindes in Deutschland, in: FamRZ 197o S. 157 ff

ders.	Anmerkung zu LG Braunschweig FamRZ 1972 S. 147, in: FamRZ 1972 S. 148
ders.	Erbrechtliche Probleme des "Nichtehelichengesetzes", in: FamRZ 1972 S. 169 ff
ders.	Anmerkung zu KG FamRZ 1973 S. 51, in: FamRZ 1973 S. 52 f
Bötticher, Eduard	Die Wandlung als Gestaltungsakt, Heidelberg 1938
Brox, Hans	Erbrecht, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1975
Brüggemann, Dieter	Das neue Erbrecht des nichtehelichen Kindes, in: ZBlJR 1969 S.3o5 ff
ders.	Einige Bemerkungen zur Verfassungsmäßigkeit des vorzeitigen Erbausgleichs, in: ZBlJR 1972 S. 242 ff
ders.	Offene Probleme aus dem Erbrecht des nichtehelichen Kindes, in: Nichtehelichenrecht in der Bewährung, Heidelberg 1972, S. 164 ff
Brühl- Göppinger--Mutschler	Unterhaltsrecht, 3. Auflage, 1. Teil, Bielefeld 1973
Bruns, Rudolf	Zwangsvollstreckungsrecht, Berlin und Frankfurt a. M. 1963
v. Caemmerer, Ernst	Bereicherungsrecht und unerlaubte Handlung, in: Festschrift für Rabel I 1954 S. 333 ff
Christiansen, Alfred	Der Anspruch des nichtehelichen Kindes auf den vorzeitigen Erbausgleich nach den §§ 1934 d, 1934 e BGB, Diss. jur., Freiburg 1971
Damrau, Jürgen	Der Ausstattungsanspruch des nichtehelichen Kindes, in: FamRZ 1969 S. 129 ff
ders.	Erbersatzanspruch und Erbausgleich, in: FamRZ 1969 S. 579 ff
ders.	Rezension der Kommentierung zum NEG im Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 29. Auflage, München 197o, in: FamRZ 197o S. 612

ders.	Rezension zu Marcus Lutters "Erbrecht des nichtehelichen Kindes", in: FamRZ 1971 S. 48o
Danz, Erich	Die Auslegung des Rechtsgeschäfts, Jena 1911
Deubner, Karl Günther	Grundprobleme der Erledigung der Hauptsache, in: JuS 1962 S. 2o5 ff
Diederichsen, Uwe	Die Revision in Ehesachen, in: FamRZ 1966 S. 6o5 ff
Ebert, Kurt Hans	Der vorzeitige Erbausgleich: Vorläufiges oder endgültiges Rechtsinstitut? Bielefeld 1971
Ehrlich, Eugen	Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893
Engler, Helmut	Nichtehelichengesetz und Adoptionsrecht, in: FamRZ 197o S. 113 ff
ders.	Das neue Adoptionsrecht, in: FamRZ 1976 S. 584 ff
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Halbband 1 und 2, 15. Auflage, Tübingen 1959/6o
Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, in zwei Bänden, 6. Auflage, Münster 1975
ders.	Nachtragsheft "Nichtehelichenrecht" zur 4. Auflage, Münster 197o
Esser, Josef	Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1973
Fikentscher, Wolfgang	Schuldrecht, 4. Auflage, Berlin-New York 1973
Firsching, Karl	Berechtigung zur Entziehung des Pflichtteils nach §§ 2333 Ziff. 2, 3 BGB, in JR 196o S. 129 f
ders.	Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19. 8. 1969, in: Rpfleger 197o S. 41 ff
ders.	Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19. 8. 1969, in: DNotZ 197o S. 519 ff
Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 2. Auflage, Berlin 1965

Gernhuber, Joachim	Lehrbuch des Familienrechts, 2. Auflage, München 1971
Gross, Helga	Das Nichtehelichengesetz, Frankfurt 197o
Grunsky, Wolfgang	Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Auflage, Bielefeld 1974
Haegele, Karl	Rechtsfragen zum Erbverzicht, in: BWNotZ 1971 S. 36 ff
Häfele	§ 2338 - Beschränkung des Pflichtteils in guter Absicht, in: BWNotZ 1957 S. 49 ff
Hefermehl, Wolfgang	Erklärungen und Handlungen im Arbeitsverhältnis, in BABl. 1967 S. 31o ff
Jäger, Armin	Probleme des vorzeitigen Erbausgleichs, in: FamRZ 1971 S. 5o4 ff
Jansen-Knöpfel	Das neue Unehelichengesetz, Frankfurt a. M.-Berlin 1967
Jochem, Reiner	Das Erbrecht des nichtehelichen Kindes nach deutschem Recht bei Sachverhalten mit Auslandsberührung, Köln, Berlin, Bonn, München 1972
Johannsen, Kurt	Erbfolge bei nichtehelicher Abstammung, in: WPM Sonderbeilage 3/ 197o
Kegel, Gerhard	Internationales Privatrecht, 3. Auflage, München 1971
Kipp-Coing	Erbrecht, 12. Bearbeitung, Tübingen 1965
ders.	Erbrecht, Ergänzung zur 12. Bearbeitung, Tübingen 1971
Kittel, Heinrich	Zum Erbrecht des nichtehelichen Kindes, in: NJW 1971 S. 22
Kleinfeller, Georg	Der Begriff "Anspruch", in: AcP 137 S. 129 ff
Knur, Alexander	Familienrechtliche und erbrechtliche Probleme des Gesetzes über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder, in: FamRZ 197o S. 269 ff
Körting, Erhart	Das Erbrecht des nichtehelichen Kindes, in: NJW 197o S. 1525 ff
ders.	Zum Erbrecht des nichtehelichen Kindes, in: NJW 1971 S. 22 f

ders.	Vorzeitiger Erbausgleich auch für vor dem 1. 7. 1949 geborene nichteheliche Kinder? in: NJW 1971 S. 414 f
Kübler, Friedrich	Anmerkung zu BGH JZ 1968 S. 633, in: JZ 1968 S. 634 f
Lange, Heinrich	Der entgeltliche Erbverzicht, in: Festschrift für Nottarp, Karlsruhe 1961, S. 119 ff
ders.	BGB Allgemeiner Teil, 15. Auflage, München 1974
Langheineken, Paul	Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1903
Larenz, Karl	Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Auflage, München 1975
ders.	Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band: Allgemeiner Teil, 11. Auflage: München 1976
ders.	Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band: Besonderer Teil, 10. Auflage: München 1972
ders.	Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Auflage, München und Berlin 1963
Lehmann-Hübner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Auflage, Berlin 1966
Lutter, Marcus	Das Erbrecht des nichtehelichen Kindes, (1. Auflage, Frankfurt 1971), 2. Auflage, Frankfurt 1972
ders.	Zum Erbrecht des nichtehelichen Kindes, in: StAZ 1971 S. 6 ff
Medicus, Dieter	Bürgerliches Recht, 6. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1975
Neumayer, Karl H.	Ist das deutsche internationale Kindschaftsrecht revisionsbedürftig? in: AcP 152 S. 335 ff
Odersky, Felix	Nichtehelichengesetz, Handkommentar, 3. Auflage, Bielefeld 1973
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, 35. Auflage, München 1976

Pastor, Wilhelm L.	Die Prozeßkostenvorschußpflicht der Ehegatten nach dem Gleichberechtigungsgesetz, in: FamRZ 1958 S. 298 ff
Pecher, Hans Peter	Schadensersatzansprüche aus ungerechtfertigter Vollstreckung, Berlin 1967
Petersen, Julius	Zivilprozeßordnung, 5. Auflage II. Band, Lahr 1906
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, V. Band, Erbrecht, 4. Auflage, Berlin und Leipzig 1930
Regler, Horst Peter	Erbverzicht von Vorfahren oder Ehegatten mit Wirkung für deren Abkömmlinge? in: DNotZ 1970 S. 646 ff
Reichsgerichtsräte	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, Band V, 1. Teil, 12. Auflage, Berlin, New York 1974
Reinicke, Dietrich	Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1969
Richter, Gerhard	Grundzüge des neuen Nichtehelichenrechts, in: BWNotZ 1970 S. 1 ff
Rosenberg-Schwab	Zivilprozeßrecht, 11. Auflage, München 1974
Roth, Günter H.	Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte eines privatrechtlichen Umweltschutzes, in NJW 1972 S. 921 ff
Roth-Stielow, Klaus	§ 1934 d BGB ist nicht verfassungswidrig, in: Justiz 1974 S. 350 f
Schnitzerling, Manfred	Das Recht des nichtehelichen Kindes ab. 1. 7. 1970, Darmstadt 1970
ders.	Erbrechtliche Fragen bei der Adoption, in: MDR 1960 S. 894 f
Schramm	Die Auswirkungen des neuen Nichtehelichenrechts im Erbrecht, in: BWNotZ 1970 S. 9 ff

ders.	Nochmals Erbrecht und neues Nichtehelichenrecht, in: BWNotZ 197o S. 133 ff
Seckel, Emil	Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, Darmstadt 1954
Siehr, Kurt	Auswirkungen des Nichtehelichengesetzes auf das Internationale Privat- und Verfahrensrecht, in: FamRZ 197o S. 457 ff
ders.	Auswirkungen des Nichtehelichengesetzes auf das Internationale Privat- und Verfahrensrecht, Bielefeld 1972
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, 1o. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967 bis 1974
v. Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1o/11. Auflage, Berlin 1957 bis 1975
Stein-Jonas	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 1. und 2. Band, 19. Auflage, Tübingen 1972
Stöcker, Hans Adolf	Beerbung bei lebendigem Leibe? Kritik der §§ 1934 d, e BGB, in: JZ 197o S. 675 ff
ders.	Vorzeitiger Erbausgleich auch für vor dem 1. 7. 1949 geborene nichteheliche Kinder? in: NJW 197o S. 2oo3 ff
Thomas-Putzo	Zivilprozeßordnung, 8. Auflage, München 1975
v. Tuhr, Andreas	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Berlin 191o
Westermann, Harry	Sachenrecht, 5. Auflage, Karlsruhe 1966
Wieczorek, Bernhard	Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Handausgabe, 2. Auflage, Berlin 1966
Windscheid, Burkhard	Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Band, 7. Auflage, Frankfurt a. M. 1891
Zeiss, Walter	Zivilprozeßrecht, Tübingen 1971

Abkürzungsverzeichnis

Alle Paragraphen ohne Bezeichnung eines Gesetzes sind solche des BGB. Vgl. zu den Abkürzungen im übrigen Kirchner, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Auflage, Berlin 1968.

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Amtsgericht
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BABl.	Bundesarbeitsblatt
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT	Besonderer Teil
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
FamRZ	Ehe und Familie, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
Justiz	Die Justiz, Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
LG	Landgericht

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich
NEG	Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19. 8. 1969 (BGBl. I S. 1243)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
Prot.	Protokolle des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RheinArch	Archiv für das Civil- und Criminalrecht der königlich preußischen Rheinprovinzen
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
SächsArch	Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß
SR	Schuldrecht
StAZ	Das Standesamt
VO	Verordnung
WPM	Wertpapiermitteilungen
ZBlJR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
ZPO	Zivilprozeßordnung

1. Abschnitt: Einleitung

Gegenstand der Untersuchung

Den Leser der vorliegenden Darstellung erwarten weder rechtspolitische Ausführungen noch empirische Untersuchungen über den vorzeitigen Erbausgleich. Die Arbeit kann und will daher auch nicht - wie es etwa der Beschluß des 49. Deutschen Juristentages, der vorzeitige Erbausgleich müsse wieder abgeschafft werden[1], nahelegt - unmittelbar zur Vorläufigkeit oder Endgültigkeit dieser gesetzgeberischen Neuschöpfung Stellung nehmen, die im Zuge der Reform des Nichtehelichenrechts in das BGB aufgenommen wurde und seit dem 1. 7. 197o, dem Tage des Inkrafttretens des "Gesetzes über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder"[2], die Rechtsbeziehungen zwischen Vater und ne. Kind beeinflußt. Vielmehr vermag die Arbeit in dieser Hinsicht allenfalls mittelbar einen Beitrag zu leisten, indem sie sich als rechtsdogmatische Untersuchung auf das geltende Recht bezieht. Ihre Aufgabe läßt sich deshalb in der Weise umschreiben, daß sie zu einer Zeit, in der sich die verfassungsrechtlichen Bedenken, die gegen den vorzeitigen Erbausgleich angemeldet worden sind[3], nicht durchgesetzt haben[4], die bestehende Rechtslage analysiert und dabei versucht, das neuartige Rechtsinstitut in die herkömmliche Systematik des Privatrechts einzuordnen.

---

1) Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages K 148.

2) BGBl. 1969 I S. 1243.

3) Siehe vor allem Firsching, Rpfleger 197o S. 52; Stöcker, JZ 197o S. 676; LG Osnabrück FamRZ 1974 S. 262.

4) Vgl. KG FamRZ 1973 S. 51 (mit zustimmender Anmerkung von Bosch); OLG Oldenburg FamRZ 1973 S. 55o; Christiansen S. 52 ff; Brüggemann, ZBlJR 1972 S. 242 ff; Roth-Stielow, Justiz 1974 S. 35o f.

2. Abschnitt: Hauptteil

1. Kapitel: Die Rechtsnatur des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich

A. Die Notwendigkeit der rechtlichen Qualifizierung des Anspruchs

Abstrakte Betrachtungen über "Wesen" oder "Ursprung" eines Anspruchs dienen der Rechtskenntnis im allgemeinen wenig, mag zu ihnen auch durchaus ein Anreiz bestehen, wie es z. B. beim Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich der Fall ist. So sind es allein schon die Stellung im Gesetz und der Wortlaut der §§ 1934 d, 1934 e, die den unvoreingenommenen Leser dieser Vorschriften zu diesbezüglichen Überlegungen veranlassen: Die §§ 1934 d, 1934 e haben zwar ihren Standort im Erbrecht gefunden, nach § 1934 d Abs. 2 ist aber für die Berechnung der Ausgleichsforderung Unterhaltsrecht maßgeblich, Abs. 4 S. 3 verweist gar auf §§ 2050 Abs. 1, 2051 Abs.1, 2315, die ihrerseits die Ausgleichungspflicht bei erhaltener Ausstattung betreffen, und schließlich ordnet § 1934 e als Rechtsfolge des wirksamen Erbausgleichs umfassende erbrechtliche Wirkungen an. Scheint demnach der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich sowohl erbrechtliche wie unterhaltsrechtliche als auch ausstattungsrechtliche Elemente in sich zu vereinen und somit ein Anspruch "sui generis" zu sein, ist gleichwohl eine nähere Untersuchung erforderlich, die die wahre Rechtsnatur des Anspruchs ergründet.

I. Anlaß dazu geben zunächst sowohl § 23 a Nr. 2 GVG[1] als auch § 850 d ZPO. Durch den die sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte betreffenden § 23 a Nr. 2 GVG sollen alle An-

1) Vgl. Christiansen S. 44.

sprüche auf Erfüllung einer durch Verwandtschaft begründeten gesetzlichen Unterhaltspflicht erfaßt werden[2]. Dabei ist für die Frage, ob ein Anspruch als unterhaltsrechtlicher i. S. dieser Vorschrift zu qualifizieren ist, entscheidend, daß der Anspruch aus der gesetzlichen Unterhaltspflicht erwächst, m. a. W. seinen materiellen Geltungsgrund im Unterhaltsrecht findet[3]. Für Klagen des ne. Kindes auf vorzeitigen Erbausgleich muß § 23 a Nr. 2 GVG daher als Zuständigkeitsvorschrift dann maßgeblich sein, wenn der Anspruch aus § 1934 d seiner Natur nach ein unterhaltsrechtlicher ist. Entsprechendes gilt für eine Anwendung der in § 85o d ZPO normierten Vollstreckungsbevorrechtigung. Nach Sinn und Zweck dieser Regelung soll ein Unterhaltspflichtiger sich mit seinen Angehörigen das Letzte teilen und sich deshalb bei gegen ihn gerichteten Unterhaltsansprüchen erhöhte Eingriffe in seine Lohnforderung gefallen lassen[4]. Nur dann also, wenn der Anspruch aus § 1934 d aus der gesetzlichen Unterhaltspflicht des Vaters erwächst, kommt es in Betracht, die Pfändungsvorteile des § 85o d ZPO dem ne. Kind zugute kommen zu lassen.

II. Weiterhin erlangt die Frage nach der Rechtsnatur des Anspruchs Bedeutung im internationalen Privatrecht[5]. Obwohl das NEG eine Fülle neuer sachlichrechtlicher Regelungen gebracht hat, sind trotz vieler Vorschläge[6] die kollisionsrechtlichen Vorschriften des EGBGB weder ergänzt noch geändert worden und demzufolge auch weiterhin

---

2) Vgl. RGZ 149, 29, 3o.

3) Vgl. (zu § 136o a) OLG Celle NJW 1963 S. 96o; Pastor, FamRZ 1958 S. 3o1; Bosch, FamRZ 1958 S. 42o; Wieczorek § 23 GVG Anm. B III e.

4) Vgl. LG Hanau NJW 1965 S. 767.

5) Vgl. dazu KG FamRZ 1972 S. 148 f; Christiansen S. 43.

6) Siehe Neumayer, AcP 152 S. 349; Bosch, FamRZ 197o S. 158 Fn. 13 m. w. N.

für die internationalrechtlichen Auswirkungen des neuen Gesetzes maßgeblich[7]. Da für den Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich hinsichtlich der anzuwendenden Kollisionsnorm drei Anknüpfungsmöglichkeiten bestehen, ist durch die gesetzgeberische Neuschöpfung des dem ausländischen Recht unbekannten Rechtsinstituts[8] auch in internationalrechtlicher Hinsicht ein Qualifikationsproblem entstanden: Zum einen wäre bei unterhaltsrechtlicher Natur des Anspruchs Art. 21 EGBGB die zutreffende Kollisionsnorm[9], da unter Art. 21 EGBGB alle Ansprüche und Rechtsverhältnisse fallen, die aus der Unterhaltspflicht des ne. Vaters erwachsen[10]. Zum zweiten kommt in Betracht, daß bei erbrechtlicher Natur des Anspruchs das Erbstatut nach Art. 24,25 EGBGB Anwendung findet[11]. Zwar besagt das Erbstatut, daß jeder nach den Gesetzen des Staates beerbt wird, dem er zur Zeit seines Todes angehört[12], während der Anspruch aus § 1934 d zu Lebzeiten des Vaters geltend gemacht werden muß[13]. Der vorzeitige Erbausgleich hat aber, berücksichtigt man seine in § 1934 e angeordnete Rechtsfolge, die Funktion einer antizipierten Erbfolge; das rechtfertigt möglicherweise bei erbrechtlicher Qualifizierung des Anspruchs eine Geltung des Erbstatuts[14]. Zum dritten ließe sich erwägen, ob eine analoge Anwendung der Art. 19, 2o EGBGB geboten ist, wenn das Recht aus § 1934 d als Anspruch zu qualifizieren ist,

---

7) Beitzke, StAZ 197o S. 236.

8) Vgl. dazu auch Jochem S. 68 Fn. 111.

9) Offengelassen von KG FamRZ 1972 S. 148, 149; Lutter § 1o IV 1 S. 137.

1o) Vgl. OLG Stuttgart FamRZ 1965 S. 522; Erman-Marquordt Art. 21 EGBGB Rdn. 6.

11) So Beitzke, StAZ 197o S. 237 Fn. 14; Christiansen S. 48; Soergel-Siebert-Kegel Rdn. 22 a vor Art. 24 EGBGB; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 6.

12) RGZ 91, 139, 14o f; BGHZ 19, 315, 316; 24, 352, 358.

13) Vgl. dazu insbesondere noch unten S. 24.

14) Vgl. dazu im einzelnen noch unten S. 17 ff.

der das allgemeine Verhältnis von Vater und ne. Kind betrifft[15].

III. Schließlich wird die Frage nach der Rechtsnatur des Anspruchs auch aufgeworfen durch die in Art. 12 § 1o Abs. 2 S. 1 NEG getroffene intertemporale Regelung, deren Bedeutung nunmehr jedoch naturgemäß nachläßt[16]. Nach Art 12 § 1o Abs. 2 S. 1 NEG bleiben für die erbrechtlichen Verhältnisse eines vor dem 1. 7. 1949 geborenen ne. Kindes zum Vater die bisher geltenden Vorschriften auch dann maßgeblich, wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des Gesetzes stirbt. Qualifiziert man das unter den Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 1 kraft Gesetzes entstehende Schuldverhältnis zwischen Vater und ne. Kind als "erbrechtliches Verhältnis" i. S. der Übergangsregelung, so folgt daraus, daß die §§ 1934 d, 1934 e für die vor dem 1. 7. 1949 geborenen ne. Kinder nicht anwendbar sind und diesen Kindern das Recht auf vorzeitigen Erbausgleich versagt ist.

Gegen eine Anwendung der Übergangsregelung auch bei erbrechtlicher Qualifizierung des Anspruchs ließe sich zunächst jedoch grundsätzlich einwenden, Art. 12 § 1o Abs. 2 S. 1 NEG treffe dem Wortlaut nach lediglich eine intertemporale Regelung für den Fall, daß der Erblasser nach dem Inkrafttreten des Gesetzes "stirbt", nicht jedoch für Ansprüche, die wie der vorzeitige Erbausgleich zu Lebzeiten des Vaters geltend gemacht werden müssen[17]. Für eine solche Auslegung spricht immerhin, daß bei einer Anwendung

---

15) So Siehr S. 146 ff; ders., FamRZ 197o S. 463; Jochem S. 68 f; Odersky § 1934d Anm. XII 1; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 1; Palandt-Lauterbach Art. 24 EGBGB Anm. 3.

16) Zur ursprünglich großen Bedeutung der Frage siehe Stöcker, NJW 197o S. 2oo3; vgl. dazu auch Lutter § 9 II S. 12o Fn. 6.

17) Vgl. dazu Körting, NJW 1971 S. 414.

des Art. 12 § 1o Abs. 2 S. 1 NEG auf den Anspruch aus § 1934 d das Kriterium des Todes des Erblassers keinen Sinn hat, während es sinnvoll wäre, wenn man unter "erbrechtlichen Verhältnissen" i. S. dieser Vorschrift nur solche versteht, die erst mit dem Erbfall entstehen[18]. Art. 12 Abs. 2 S. 1 NEG in dieser Weise auszulegen, hieße aber zum einen, den systematischen Zusammenhang von Abs. 1 und Abs. 2 des Art. 12 § 1o NEG nicht zu beachten: Abs. 1 trifft eine Regelung für den Fall, daß der Erblasser "vor" Inkrafttreten des NEG gestorben ist, Abs. 2 dagegen regelt die Rechtslage "nach" Inkrafttreten des Gesetzes; dementsprechend wird mit der Festlegung des Stichtages ja auch gerade der Zweck verfolgt, den zeitlichen Geltungsbereich des NEG klarzustellen[19]; und zum anderen ist zu bedenken, daß der Gesetzgeber - bedingt durch die Neuartigkeit des vorzeitigen Erbausgleichs - offensichtlich nicht daran gedacht hat, wie der Zeitabschnitt, in dem das ne. Kind den vorzeitigen Erbausgleich verlangen kann, in die Übergangsregelung einzubeziehen ist[20]. Bei den Auslegungsmöglichkeiten, die der Wortlaut des Art. 12 § 1o Abs. 2 S. 1 NEG demnach zuläßt, wird sich daher eine Klärung der vorliegenden Frage ohnehin nicht durch begriffliche Argumente herbeiführen lassen, sondern nur unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks des Art. 12 § 1o NEG und der den §§ 1934 d, 1934 e zugrunde liegenden Wertung; Sinn und Zweck des Art. 12 § 1o NEG ist es, den zeitlichen Geltungsbereich des NEG für "erbrechtliche Verhältnisse" festzulegen; dann aber

---

18) Vgl. Stöcker, NJW 1972 S. 2oo4.

19) Siehe Odersky Art. 12 § 1o Anm. I; Stöcker, NJW 197o S. 2oo3; Christiansen S. 92.

2o) Vgl. Advocatus anonymus Rhenanus, FamRZ 1971 S. 2o; Lutter § 9 II S. 121;
vgl. dazu auch Körting, NJW 1971 S. 414: Diese Ausführungen "zeigen meines Erachtens einmal mehr, in wie wenig durchdachter und sorgfältiger Weise heutzutage häufig Gesetze gemacht zu werden pflegen."

kann für die Beantwortung der Frage der Anwendbarkeit des Abs. 2 S. 1 dieser Übergangsregelung auf den Anspruch aus § 1934 d nur entscheidend sein, ob nach der Wertung der §§ 1934 d, 1934 e der Anspruch als erbrechtlicher zu qualifizieren ist. Daß nur so argumentiert werden darf, wird zudem noch bestätigt durch einen Blick auf die von Art. 12 § 1o NEG angeordneten Rechtsfolgen: Könnte derjenige, von dem feststeht, daß er stichtagsbedingt aufgrund der Übergangsregelung niemals Erbe wird, einen vorzeitigen Erbausgleich verlangen, so ließe sich dies wohl lediglich mit einer möglichen familienrechtlichen oder speziell unterhaltsrechtlichen Natur des Anspruchs aus § 1934 d rechtfertigen. Dem entspräche es aber andererseits bei erbrechtlicher Qualifikation des Anspruchs, daß derjenige, der stichtagsbedingt nicht Erbe wird, auch keinen vorzeitigen Erbausgleich verlangen kann.

B. Die Rechtsnatur des Anspruchs

I. Die Bestimmung der Rechtsnatur eines Anspruch ist nach herkömmlichem dogmatischen Verständnis vom "Anspruch" als subjektivem Recht maßgeblich beeinflußt von der Natur des Rechts oder Rechtsverhältnisses, in dem der jeweilige Anspruch seine materielle Grundlage findet. Der "Anspruch", d. h. das in § 194 definierte Recht, von einem anderen ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zu verlangen, ist zwar selbst ein subjektives Recht[21)], er unterscheidet sich aber von den sonstigen subjektiven Rechten, z. B. den absoluten

21) Zu den Arten der subjektiven Rechte vgl. Enneccerus-Nipperdey § 73 b S. 439 ff; Lehmann-Hübner § 12 I S. 86 ff.

Rechten oder den Gestaltungsrechten, insofern, als er lediglich "Ausfluß oder Lebensäußerung eines subjektiven Rechts oder Rechtsverhältnisses"[22] ist. Innerhalb der subjektiven Privatrechte kommt dem "Anspruch" also eine wohl bedeutende, letztlich jedoch nur dienende Funktion zu, indem er Rechte oder Rechtsverhältnisse zu verwirklichen hilft. So wie etwa der Anspruch aus § 985 der Verwirklichung der in § 903 normierten Berechtigung des Eigentümers dient, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen, so dient auch ein schuldrechtlicher Anspruch zur Verwirklichung des zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden Schuldverhältnisses; und diese dienende Funktion des "Anspruchs" ist es, die dazu führt, daß ein Anspruch notwendig die Rechtsnatur des Rechtes oder Rechtsverhältnisses teilt, aus dem er erwächst.

II. Was die Rechtsnatur des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich betrifft, so wird mit den Äußerungen, der Anspruch kombiniere "familien- und erbrechtliche Strukturelemente"[23], es handele sich bei ihm nicht nur um die Lösung einer erbrechtlichen Frage, sondern um "die Zuweisung eines dem familiären Unterhaltsrecht nahestehenden Anspruchs mit erbrechtlichen Folgen"[24], die Neuartigkeit der in §§ 1934 d, 1934 e getroffenen Regelung umschrieben: Nicht - wie bisher im Erbrecht - wird Vermögen im Todesfall neu zugeordnet, sondern der potentielle Erblasser sieht sich schon zu Lebzeiten einem Anspruch des ne. Kindes ausgesetzt, der nach Unterhaltskriterien bemessen wird und dessen Geltendmachen zu erbrechtlichen Konsequenzen

---

22) Kleinfeller, AcP 137 S. 133; vgl. auch Lehmann-Hübner § 13 II S. 97; Enneccerus-Nipperdey § 222 II S. 1363 f; v. Tuhr § 15 II S. 241 f.

23) Ebert S. 28.

24) Lutter § 3 I S. 69 f; vgl. auch Christiansen S. 47; Kipp-Coing, Erbrecht, Ergänzung zur 12. Bearbeitung S. 1o.

führt[25]. Gleichwohl kann mit solchen Äußerungen ebensowenig endgültig Auskunft über die Rechtsnatur des Anspruchs gegeben werden wie durch die Tatsache, daß der Anspruch dem 5. Buch des BGB zugeordnet ist[26]; denn weder formelle Stellung noch das Faktum der gesetzgeberischen Neuschöpfung, sondern allein die materielle Grundlage ist nach herkömmlichem Verständnis für die Qualifizierung eines Anspruchs das maßgebliche Kriterium.

1. Ausgehend von der gesetzlichen Regelung des § 1934 d bietet es sich insoweit an, den Anspruch dem Unterhaltsrecht zuzuordnen: Nach § 1934 d Abs. 2 beläuft sich der Ausgleichsbetrag grds.[27] auf das Dreifache des Unterhalts, den der Vater im Durchschnitt der letzten fünf Jahre, in denen er voll unterhaltspflichtig war, jährlich zu leisten hatte. Da dieser durch § 1934 d Abs. 2 hergestellte Bezug zum Unterhaltsrecht allerdings so lange lediglich formeller Natur sein kann, wie nicht auch der Anspruch als solcher aus dem Unterhaltsrecht erwächst, muß zur sich deshalb stellenden Frage, ob der Anspruch aus § 1934 d seine materielle Rechtfertigung in der gesetzlichen Unterhaltspflicht des Vaters findet, das Folgende berücksichtigt werden:

a. Mit dem NEG wollte der Gesetzgeber das Gebot des Art. 6 Abs. 5 GG erfüllen, den "unehelichen" Kindern die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung zu schaffen wie den ehelichen. Grund für die Konzipierung insbesondere des vorzeitigen Erbausgleichs war

---

25) Lutter § 3 I S. 69.

26) Siehe dazu auch Christiansen S. 44.

27) Zur Höhe der Ausgleichsforderung und zur Abweichung vom Regelausgleichsbetrag nach § 1934 d Abs. 2 S. 2 siehe im einzelnen noch unten S. 59 ff.

die Annahme, es sei für das ne. Kind oft wertvoller und sicherer, schon in der Zeit, in der es in das Erwachsenenleben eintritt, eine Ehe schließt und sich eine Existenz aufbaut, eine Starthilfe zu bekommen, als die häufig erst viel später eintretende und zudem noch ungewisse Verwirklichung seiner Erbenstellung abzuwarten. Die Fürsorgetätigkeit des Vaters für das ne. Kind erschöpfe sich normalerweise in der Zahlung des gesetzlichen Unterhalts, so daß gerade das ne. Kind frühzeitig einer Unterstützung bedürfe; und da Art. 6 Abs. 5 GG gleiche Bedingungen für das ne. Kind fordere, die ehelichen Kinder aber oftmals eine Starthilfe in ihrer Familie fänden, sei es erforderlich und gerechtfertigt, dem ne. Kind in dem durch § 1934 d Abs. 1, Abs. 3 festgesetzten Zeitraum einen Rechtsanspruch auf Zahlung eines Fortkommensbeitrags zu geben[28].

b. Legt man diese Funktion des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich der vorliegenden Untersuchung zugrunde, kann die vom Vater nach § 1934 d zu zahlende Abfindung - läßt man die Rechtsfolgeregelung des § 1934 e außer acht[29] - ohne weiteres einer Ausstattung i. S. des § 1624 gleichgestellt werden[3o]. Zwar haben die ehelichen Kinder in der Regel keinen Anspruch auf eine Ausstattung[31]. Unter die Ausstattung i. S. des § 1624 fallen aber ebenfalls Zuwendungen,

---

28) Vgl. dazu die Begründung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, abgedruckt bei Erman-Bartholomeyczik § 1934 e, Nachtragsheft "Nichtehelichenrecht"; Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 5. Wahlperiode, zu Drucksache V/4179 S. 6 (Berichterstatter Dr. Stammberger); Bosch, FamRZ 1968 S. 629; Damrau, FamRZ 1969 S. 129 f.

29) Vgl. dazu im einzelnen noch unten S. 14 ff.

3o) Körting, NJW 1971 S. 414, vertritt sogar die Ansicht, es sei systematisch richtiger gewesen, den vorzeitigen Erbausgleich in die Bestimmung über das "Rechtsverhältnis zwischen Eltern und dem Kind im allgemeinen" aufzunehmen, wo in § 1624 die Ausstattung behandelt wird.

31) Vorbehaltlich eines wirksamen Ausstattungsversprechens; vgl. Erman-Ronke § 1624 Rdn. 1 und 8; Soergel-Siebert-Hermann Lange § 1624 Rdn. 12.

die einem Kind mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder die Erlangung einer selbständigen Lebenstellung von den Eltern gemacht werden; und außerdem behandelt das Gesetz selbst durch die Verweisung des § 1934 d Abs. 4 S. 3 auf §§ 2o5o Abs. 1, 2o51 Abs. 1, 2315 beim Scheitern des Erbausgleichs Zahlungen, die der Vater im Hinblick auf den Erbausgleich geleistet und nicht zurückgefordert hat, als Ausstattung. Aus dieser ausstattungsrechtlichen Zielrichtung folgt aber gleichzeitig, daß dem Anspruch aus § 1934 d allenfalls dann unterhaltsrechtliche Natur zukommt, wenn ein Anspruch auf Ausstattung als Unterhaltsanspruch, d. h. als aus dem Unterhaltsrecht erwachsender Anspruch, verstanden werden kann, m. a. W., wenn sich eine Gleichsetzung von Ausstattung und Unterhalt vornehmen läßt.

aa. Gegen eine solche Gleichsetzung spricht zunächst ein gesetzessystematisches Argument[32]. Während das Rechtsinstitut der Ausstattung seinen Standort im 4. Titel des 2. Abschnitts des 4. Buches des BGB: "Rechtsverhältnis zwischen Eltern und dem Kind im allgemeinen" gefunden hat, ist die Unterhaltspflicht hiervon deutlich abgesetzt (4. Buch 2. Abschnitt 3. Titel: "Unterhaltspflicht"). Gleichwohl kann, ebenso wie beim Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich selbst, die formelle Stellung allein nicht über materielle Wertungen Auskunft geben; dazu ist im vorliegenden Zusammenhang vielmehr eine nähere vergleichende Untersuchung von Unterhalts- und Ausstattungsrecht unerläßlich.

(1) Was das Unterhaltsrecht betrifft, kennt das deutsche bürgerliche Recht neben der Unterhaltspflicht unter Ehegatten (§§ 136o ff BGB, 58 ff EheG) und der des Vaters

---

32) Siehe Jochem S. 68 Fn. 113.

eines ne. Kindes gegenüber der Mutter vor allem die allgemeine Unterhaltspflicht zwischen Verwandten, die in §§ 1601 ff normiert ist. Bei einer Betrachtung dieser Regelungen lassen sich als wesentliche Kriterien eines Unterhaltsanspruches insbesondere drei Merkmale hervorheben[33], die gerade in den §§ 1601 ff besonders deutlich zum Ausdruck kommen - die Bedürftigkeit des Gläubigers, die Leistungsfähigkeit des Schuldners und die auf Dauer angelegte Zielrichtung der Verpflichtung. So kann nach §§ 1601 ff Gläubiger eines Unterhaltsanspruches immer nur derjenige sein, der außerstande ist, sich selbst zu unterhalten (§ 1602); andererseits ist unterhaltspflichtig nur, wer sich bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen imstande sieht, ohne Gefährdung seines eigenen angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren (§ 1603); schließlich erschöpft sich die Unterhaltspflicht nicht in einer einmaligen Leistung, sondern sie erwächst aus ihrer Grundlage, der Verwandtschaftsbeziehung, beim Vorliegen der jeweiligen tatbestandlichen Voraussetzungen ständig neu[34].

(2) Sucht man diese Kriterien beim ausstattungsrechtlich orientierten Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich, so werden schon deshalb Zweifel an der unterhaltsrechtlichen Natur des Anspruchs hervorgerufen, weil § 1934 d von jeder Bedürftigkeit des Kindes absieht[35], der vorzeitige Erbausgleich grds.[36] eine einmalige Ausgleichszahlung ist und der Anspruch ohne Rücksicht auf die Leistungsfähigkeit des Vaters besteht; diese erlangt lediglich unter den Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 2 S. 2 bei der Berechnung

---

33) Vgl. Mot. IV S. 677; vgl. auch Beitzke § 24 S. 168 f; Gernhuber § 41 S. 445 ff.

34) Vgl. Mot. IV S. 677: "Ein Anspruch, der wie die sittliche Pflicht, auf der er beruht, fort und fort sich erneuert, solange seine Voraussetzungen begründet sind."

35) Siehe Jochem S. 68; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 6.

36) Zu den Modalitäten der Stundung der Ausgleichsforderung nach § 1934 d Abs. 5 vgl. noch unten S. 2oo.

des Ausgleichsbetrages Bedeutung[37]. Aber abgesehen davon darf - wie die folgende Überlegung zeigt - auch ohnehin eine Gleichsetzung von Ausstattung und Unterhalt nicht zulässig sein:

Die im Unterhaltsrecht bestehende Zahlungspflicht hat ihren Grund darin, daß sich der Bedürftige bezüglich dessen, was er für eine angemessene Lebensführung bedarf, zunächst an die ihm auch moralisch und sittlich verpflichteten nahen Angehörigen soll halten können[38]. Durch diese Regelung will das Gesetz vor allem sicherstellen, daß der Bedürftige einen Anspruch auf das zur Lebensführung grundsätzlich Erforderliche erhält. Demgegenüber hat die Ausstattung nur die Funktion eines Fortkommensbeitrages[39]; lediglich das, was über den Unterhalt hinausgeht, kann unter den Voraussetzungen des § 1624 Ausstattung sein. Zwar werden durch § 1610 Abs. 2 in den Lebensbedarf des Berechtigten die Erziehungs- und Berufausbildungskosten mit eingeschlossen, nicht aber die sonstigen materiellen Aufwendungen, die dem Berechtigten die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung, insbesondere die Begründung eines eigenen Hausstandes ermöglichen sollen[40]. Als Ausstattung wird also im Gegensatz zum Unterhalt nicht das Lebensnotwendige geleistet; vielmehr besteht bei einem Fortkommensbeitrag sogar die grds. Vermutung[41], der Erblasser wolle durch gewisse Zuwendungen die gleichmäßige Erbfolge der Abkömmlinge nicht durchbrechen, sondern die Zuwendung im voraus auf den künftigen Erbfall machen.

---

37) Siehe dazu im einzelnen noch unten S. 68 ff.

38) Vgl. Mot. IV S. 680.

39) Vgl. Mot. IV S. 716 f, 719.

40) Siehe Brühl-Göppinger-Mutschler Rdn. 140.

41) Vgl. § 2050 Abs. 1.

bb. Die Konsequenzen, die sich aus der somit nicht zulässigen Gleichsetzung von Ausstattung und Unterhalt ergeben, sind die folgenden: Zum einen weist der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich außer einem durch § 1934 d Abs. 2 hergestellten Bezug zum Unterhaltsrecht keine Gemeinsamkeiten mit einem Unterhaltsanspruch auf, insbesondere erwächst er nicht aus der Unterhaltspflicht des Vaters und kann deshalb seiner Natur nach kein unterhaltsrechtlicher Anspruch sein. Zum anderen aber läßt sich festhalten, daß der Anspruch von seiner rechtspolitischen Zielrichtung her familienrechtlich, speziell ausstattungsrechtlich orientiert ist; und das spricht, da zwischen Vater und ne. Kind seit der Aufhebung des § 1589 Abs. 2 ein verwandtschaftlicher Tatbestand begründet ist, vor allem dafür, ihn zumindest als familienrechtlichen Anspruch zu qualifizieren[42], der seine materielle Grundlage im allgemeinen familienrechtlichen Vater-ne.Kind-Verhältnis findet[43].

2. Was die bisherige Untersuchung jedoch noch unberücksichtigt gelassen hat, ist die Rechtsfolgeregelung des vorzeitigen Erbausgleichs, deren Voraussetzungen bei der Durchsetzung des Anspruchs aus § 1934 d notwendig erfüllt sind und die das Problem der rechtlichen Qualifizierung des Anspruchs maßgeblich beeinflußt. Die vorliegende Frage ohne Beachtung der umfassenden Wirkungen aus § 1934 e zu entscheiden, hieße nämlich, außer acht zu lassen, daß das neuartige Rechtsinstitut neben der ausstattungsrechtlichen insbesondere - wie § 1934 e zeigt - auch die Aufgabe hat, die erbrechtlichen Beziehungen zwischen dem ne. Kind und seinen Abkömmlingen einerseits und dem Vater und dessen Verwandten

---

42) So Siehr S. 146 f; Jochem S. 68 f; KG FamRZ 1973 S. 51; wohl auch Lutter § 3 III 1 a S. 76.

43) Vgl. zum familienrechtlichen Anspruch Mot IV S. 676, 677; Gernhuber § 2 IV S. 17 f.

andererseits völlig zu ersetzen und vorzeitig zu bereinigen[44]. Wurde schon mit dem Institut des Erbersatzanspruches der Zweck verfolgt, rechtpolitisch unerwünschte Erbengemeinschaften zu verhindern[45], so hat der vorzeitige Erbausgleich noch darüber hinausgehende Wirkungen - beim wirksamen Erbausgleich muß sich das Kind nach § 1934 e sowohl als potentieller Erbe als auch als potentieller Erblasser so behandeln lassen, als habe es nie gelebt[46]. Aufgrund dieser in § 1934 e getroffenen Regelung gelangt man dann aber auch zu folgender gebotener Qualifizierung des Anspruchs aus § 1934 d:

Zunächst scheint die durch die ausstattungsrechtliche Zielrichtung nahegelegte familienrechtliche Natur des Anspruchs bestätigt bzw. gefordert zu werden insbesondere durch § 1934 e, da der vorzeitige Erbausgleich wegen seiner Rechtsfolgen gerade die erbrechtlichen Wirkungen des Vater-ne. Kind-Verhältnisses durchschneidet[47]; außerdem dem entstehen erbrechtliche Ansprüche typischerweise erst mit dem Erbfall und haben einen Bezug zum Nachlaß, der beim Anspruch aus § 1934 d fehlt[48]. Gleichwohl läßt sich eine familienrechtliche Qualifizierung des Erbausgleichsanspruchs im Ergebnis aber insofern nicht halten, als sich die Frage nach der Rechtsnatur eines neuartigen Anspruchs allein als Einordnungsproblem darstellen darf, das entschieden wird durch die Natur des Rechts oder Rechtsverhältnisses, zu dessen Verwirklichung der betreffende Anspruch dient[49]. Geht man nämlich von diesem gebotenen Einordnungskriterium aus, so führt das im vorliegenden Zu-

---

44) Siehe auch Jäger, FamRZ 1971 S. 5o8; Palandt-Keidel § 1934 e Anm. 1; und oben S. 1o, Zitate zu Fn. 28.

45) Siehe die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs zu § 1934 a (abgedruckt bei Jansen-Knöpfel S. 4o9, 41o).

46) Vgl. Lutter § 3 IX 1 S. 88.

47) So Palandt-Lauterbach Art. 24 EGBGB Anm. 3.

48) Siehe Siehr S. 146; Jochem S. 69.

49) Siehe dazu insbesondere schon oben S. 7 f.

sammenhang trotz der ausstattungsrechtlichen Zielsetzung und trotz der Besonderheit des Anspruchs aus § 1934 d, bereits zu Lebzeiten des Vaters geltend gemacht werden zu müssen, gerade wegen der Rechtsfolgeregelung des Erbausgleichs dazu, ihn als erbrechtlichen Anspruch zu qualifizieren. Denn es ist speziell das Erbrecht des ne. Kindes nach seinem Vater, in dem der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich seine materielle Rechtfertigung findet; nicht nur, daß der vorzeitige Erbausgleich die Funktion einer antizipierten Erbfolge hat und vom Gesetzgeber als "wesentlicher Bestandteil" des Erbrechts des ne. Kindes angesehen wurde[5o)], das ne. Kind, das nach Aufhebung des § 1589 Abs. 2 zum Kreis der erbberechtigten Abkömmlinge und damit zu den in § 1924 Abs. 1 genannten Erben gehört, tauscht beim wirksamen Erbausgleich eben dieses Erbrecht gegen die vorzeitige Abfindung ein. Das aber kann nur bedeuten, daß es nicht das allgemeine familienrechtliche Verhältnis zwischen Vater und ne. Kind ist, das der Anspruch aus § 1934 d verwirklichen soll, sondern speziell die seit der Geburt nach § 1924 Abs. 1 bestehende Erbenstellung nach dem Vater. Zwar gehen die Rechtsfolgen des § 1934 e über den Verlust des Erbrechts nach dem Vater hinaus und führen zu einer völligen Bereinigung der erbrechtlichen Beziehungen zwischen dem Vater und seinen Verwandten einerseits und dem Kind und dessen Abkömmlingen andererseits. Diese umfassenden Wirkungen vermögen jedoch aufgrund ihres lediglich rechtspolitischen Zwecks an der Wertung, daß beim vorzeitigen Erbausgleich gerade die Erbenstellung des ne. Kindes nach dem Vater durch den Fortkommensbeitrag ersetzt werden soll,

---

5o) Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, Bundestagsdrucksachen zu Drucksache V 4179 S. 9 r. Sp.

nichts zu ändern. Ebenso, wie der Erbersatzanspruch das Erbrecht des ne. Kindes modifiziert, ist also auch mit dem Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich eine auf dem Erbrecht des ne. Kindes nach dem Vater basierende und dieses Erbrecht modifizierende und verwirklichende Regelung geschaffen worden, so daß der Anspruch aus § 1934 d seiner Natur nach nur als erbrechtlicher Anspruch verstanden werden kann[51].

C. Die sich aus der erbrechtlichen Natur des Anspruchs ergebenden Konsequenzen

Entsprechend den Gründen, die die Frage nach der Rechtsnatur des Anspruchs notwendig machten[52], läßt sich folgendes ausführen:

I. Eine Anwendung der §§ 23 a Nr. 2 GVG, 85o d ZPO auf den erbrechtlichen Anspruch aus § 1934 d ist nicht möglich; es handelt sich insoweit um keinen unterhaltsrechtlichen Anspruch i. S. dieser Vorschriften. Dagegen wird durch den gesetzlichen Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich ein "erbrechtliches Verhältnis" i. S. der Übergangsregelung des Art 12 § 1o Abs. 2 S. 1 NEG begründet, d. h. für die vor dem 1. 7. 1949 geborenen ne. Kinder sind die §§ 1934 d, 1934 e nicht anwendbar; diesen Kindern ist also ein Rechtsanspruch auf eine vorzeitige Abfindung versagt[53].

II. Problematischer ist jedoch die Rechtslage im interna-

---

51) So ausdrücklich auch Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 19; Christiansen S. 48; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 6.

52) Siehe oben S. 2 ff.

53) So im Egebnis die allgemeine Ansicht; vgl. Bosch, FamRZ 1969 S. 5o9; Damrau, FamRZ 1969 S. 59o; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 3; Lutter § 9 II S. 12o; Palandt-Keidel Anm. 2 a zu Anhang I zu § 1924; Richter, BWNotZ 197o S. 8; Stöcker, NJW 197o S. 2oo3 f; Körting, NJW 1971 S. 414; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 3.

tionalen Privatrecht. Zwar bieten sich wegen der erbrechtlichen Natur des Anspruchs aus § 1934 d als Kollisionsnormen vor allem Art. 24, 25 EGBGB an. Zweifel an der Maßgeblichkeit dieser Vorschriften liegen aber begründet im herkömmlichen Verständnis vom Erbstatut. Wird hiernach jeder nach den Gesetzen des Staates beerbt, dem er zur Zeit seines Todes angehört[54], muß der vorzeitige Erbausgleich demgegenüber bereits zu Lebzeiten des Vaters geltend gemacht werden.

In Rechtsprechung und Schrifttum sind die Ansichten über die anzuwendende Kollisionsnorm geteilt. Man ist sich allerdings im Ergebnis darüber einig, daß zum einen § 1934 d nicht anwendbar ist, wenn der ne. Vater Ausländer ist, und zum anderen einem ausländischen ne. Kind die Rechte aus § 1934 d zustehen, wenn der Vater Deutscher ist. Dabei wird einerseits eine Anwendung der Art. 24, 25 EGBGB befürwortet[55], während andererseits der Anspruch aus § 1934 d dem Statut unterstehen soll, "das die allgemeinen Beziehungen zwischen Vater und ne. Kind regelt" (Art. 19, 2o EGBGB analog)[56]. Eine Anwendung des die Unterhaltspflicht des Vaters betreffendenden Art. 21 EGBGB, wonach die Gesetze des Staates maßgeblich sind, dem die Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes angehört, wird zwar erwogen[57], im Ergebnis aber abgelehnt.

Stellungnahme:
Auszugehen ist davon, daß die Kollisionsnormen des internatio-

---

54) RGZ 91, 139, 14o f; BGHZ 19, 315, 316; 24, 352, 358.

55) So Beitzke, StAZ 197o S. 237 Fn. 14; Christiansen S. 48; Soergel-Siebert-Kegel Rdn. 22 a vor Art. 24 EGBGB; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 6.

56) So Siehr S. 146 ff; ders., FamRZ 197o S. 463; Jochem S. 68 f; Odersky § 1934 d Anm. XII 1; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 1; Palandt-Lauterbach Art. 24 EGBGB Anm. 3.

57) Vgl. KG FamRZ 1972 S. 148, 149; Jochem S. 68.

nalen Privatrechts nach den Zielen auszulegen sind, die die Kollisionsnormen verfolgen[58]. Allein die Wertung der §§ 1934 d, 1934 e, nach der der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich den sonstigen erbrechtlichen Ansprüchen des ne. Kindes gleichgestellt ist, vermag daher über die maßgebliche Kollisionsnorm keine Auskunft zu geben. Vielmehr sind vor allem internationalprivatrechtliche Interessen zu berücksichtigen.

1. Die für vorliegende Frage allein in Betracht kommenden Kollisionsnormen der Art. 19, 2o EGBGB analog, Art. 21 EGBGB, Art. 24, 25 EGBGB knüpfen alle an das Recht der Staatsangehörigkeit an. Sie dienen also vornehmlich dem Interesse einer Partei, nach der Rechtsordnung beurteilt zu werden, der sie eng verbunden ist[59]. Es ist jedoch ebenfalls zu bedenken, daß beim vorzeitigen Erbausgleich in internationalprivatrechtlicher Hinsicht Anpassungsprobleme bestehen. Der vorzeitige Erbausgleich mit seinen umfassenden erbrechtlichen Wirkungen ist ein dem ausländischen Recht unbekanntes Rechtsinstitut. Es gilt zu vermeiden, ein ne. Kind, das eine vorzeitige Abfindung verlangt hat, trotz der in § 1934 e angeordneten Rechtsfolgen beim Tode des Vaters noch zusätzlich an dessen Nachlaß zu beteiligen. Neben den im Familienrecht und im Erbrecht bedeutsamen Parteiinteressen muß daher das Interesse des internationalen Privatrechts an einem inneren Entscheidungseinklang[6o] besonders beachtet werden: Das anzuwendende Recht soll nach Möglichkeit

---

58) Vgl. Kegel § 7 III 3 S. 121.
59) Vgl. Kegel § 2 II 1 S. 44.
6o) Vgl. dazu Kegel § 2 II 3 b S. 47.

in sich geschlossen sein, Normenwidersprüche sollen vermieden werden. Dieser innere Entscheidungseinklang ist aber beim vorzeitigen Erbausgleich nicht gewährleistet, wenn nach Art. 21 EGBGB - was ohnehin schon wegen der erbrechtlichen Natur des Anspruchs aus § 1934 d bedenklich ist - an die Staatsangehörigkeit der Mutter angeknüpft wird. Zum Beispiel könnte dann ein ne. Kind einer deutschen Mutter und eines französischen Vaters von diesem einen vorzeitigen Erbausgleich verlangen, es bliebe aber trotz § 1934 e nach Art. 757 Code civil nach dem Vater erbberechtigt.

2. Muß daher im Ergebnis der Ansicht zugestimmt werden, die an die Staatsangehörigkeit des Vaters anknüpft und dadurch einen Normenwiderspruch vermeidet, bleibt für den Anspruch aus § 1934 d zu fragen, ob er unter das Erbstatut fällt oder ob - wie ebenfalls vertreten wird[61] - eine analoge Anwendung der Art. 19. 2o EGBGB geboten ist.

Dazu läßt sich anmerken, daß es im internationalen Privatrecht aufgrund der dort zu berücksichtigenden Ordnungsinteressen notwendig ist, die Kollisionsnormen weit zu fassen. So fördern die Art. 24, 25 EGBGB einen inneren Entscheidungseinklang durch die Maßgeblichkeit eines einzigen Rechts für den Gesamtbereich der erbrechtlichen Rechtsverhältnisse[62]. Zwar bestehen, was den vorzeitigen Erbausgleich betrifft, gegen die Anwendbarkeit des Erbstatuts insofern Bedenken, als nach herkömmlichem Verständnis erbrechtliche Verhältnisse regelmäßig erst mit dem Tode des Erblassers ent-

---

61) Vgl. oben S. 18 Fn. 56.

62) Vgl. Kegel § 2 II 3 S. 48.

stehen; dem entspricht es, wenn Art 24, 25 EGBGB von "Beerbung" sprechen, also nach bisheriger Auffassung die nach dem Erbfall bestehenden erbrechtlichen Ansprüche umfassen. Nunmehr ist aber durch die gesetzgeberische Neuschöpfung der §§ 1934 d, 1934 e eine Situation entstanden, die zu einer Korrektur dieses herkömmlichen Verständnisses zwingt. Nicht mehr - wie bisher im Erbrecht - wird Vermögen im Todesfall neu zugeordnet, vielmehr ist aufgrund der gebotenen Gleichsetzung des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich mit den sonstigen beim Erbfall entstehenden und gegen den Nachlaß gerichteten Ansprüchen unter "Beerbung" i. S. der Art. 24, 25 EGBGB auch der Fall zu verstehen, daß das ne. Kind den Vater bereits zu Lebzeiten "beerbt".

2. Kapitel: Der Entstehungstatbestand des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich

Beim Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich ist eine ausdrückliche, die Frage seiner Entstehung beantwortende gesetzliche Regelung - wie sie etwa für den Pflichtteilsanspruch in § 2317 getroffen wurde - nicht vorhanden. Eine solche erscheint freilich auch nicht erforderlich, da der Anspruch notwendigerweise dann entsteht, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben sind; und wer § 1934 d Abs. 1 liest, ist sofort geneigt, die Erfüllung der dort aufgeführten Tatbestandsmerkmale als einzige Entstehungsvoraussetzungen zu fordern. Mögen die Frage nach weiteren Entstehungsvoraussetzungen und die Gründe, die diese Frage aufwerfen, hier noch dahingestellt bleiben; sicher ist aufgrund der gesetzlichen Regelung, daß die Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 1 auf jeden Fall vorliegen müssen.

A. Die Tatbestandsmerkmale des § 1934 d Abs. 1

I. § 1934 d Abs. 1 lautet: "Ein nichteheliches Kind, welches das einundzwanzigste, aber noch nicht das siebenundzwanzigste Lebensjahr vollendet hat, ist berechtigt, von seinem Vater einen vorzeitigen Erbausgleich in Geld zu verlangen." Entstehungsvoraussetzungen des Anspruchs sind daher nach § 1934 d Abs. 1[1]:

1. Nichteheliche Geburt des Anspruchsberechtigten, der Abkömmling ersten Grades des Anspruchsgegners sein muß,
2. Vollendung des 21. Lebensjahres,
3. Nichtvollendung des 27. Lebensjahres.

---

1) Zur Übergangsregelung des Art. 12 § 1o Abs. 2 S. 1 NEG vgl. oben S. 17.

II. Klarstellend sei hierzu das Folgende erläutert:

1. Nach §§ 1591, 1593 ist als nichtehelich i. S. des Gesetzes[2] zunächst das Kind anzusehen, das nicht während der Ehe oder innerhalb von 3o2 Tagen nach Auflösung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe geboren ist, weiterhin das aus einer Nichtehe (§ 11 EheG) stammende Kind[3], wenn also die Ehe im Inland ohne Mitwirkung eines Standesbeamten i. S. dieser Vorschrift geschlossen wurde; schließlich fällt unter den gesetzlichen Begriff des ne. Kindes auch dasjenige, welches zwar während oder innerhalb von 3o2 Tagen nach Auflösung oder Nichtigerklärung der Ehe geboren ist, dessen Ehelichkeit aber angefochten und dessen Nichtehelichkeit durch Urteil rechtskräftig festgestellt ist[4].

2. Kann also nur das i. S. der §§ 1591, 1593 ne. Kind in der Zeit vom vollendeten[5] 21. bis zum nicht vollendeten 27. Lebensjahr den Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich geltend machen, so ist aber weiter zu beachten, daß Voraussetzung für das Entstehen des Anspruchs auch die Feststellung der Vaterschaft ist. Das ne. Kind vermag nämlich nach § 1934 d Abs. 1 Leistung nur von seinem Vater zu verlangen, d. h. von demjenigen, der seine Vaterschaft entweder anerkannt hat oder dessen Vaterschaft rechtskräftig festgestellt worden ist (§ 16oo a)[6].

3. In diesem Zusammenhang wird allerdings behauptet, wegen der Einbeziehung der sonstigen Verwandten des Vaters in die erbrechtlichen Wirkungen des vorzeitigen Erbaus-

---

2) Siehe dazu auch Odersky Einführung I S. 1.

3) Zum Begriff der Nichtehe vgl. Palandt-Diederichsen § 11 EheG Anm. 5; Erman-Hefermehl § 11 EheG Rdn. 6.

4) Vgl. §§ 1593 - 1599.

5) Siehe dazu § 187 Abs. 2.

6) Zum Vaterschaftsanerkenntnis und zur gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft vgl. Gernhuber § 57 II, III S. 661 ff.

gleichs erwüchse "logischerweise die Frage, ob der Gesetzgeber mit der geschaffenen Regelung nur den Erbausgleich gegebenüber dem Vater herbeiführen wollte, oder ob dieser auch gegenüber Verwandten des Vaters statthaft sein sollte."[7)]

Solchen Ausführungen ist jedoch zunächst entgegenzuhalten, daß nach § 1934 d Abs. 1 das ne. Kind den vorzeitigen Erbausgleich "von seinem Vater" verlangen kann; wenn dann in § 1934 e weitere Personen in die Rechtsfolgen des Erbausgleichs einbezogen werden, läßt sich eigentlich nur daraus folgern, lediglich die Wirkungen des Erbausgleichs sollten sich auf diese Personen erstrecken. Außerdem ergeben sich konstruktive Schwierigkeiten: Den vorzeitigen Erbausgleich auch gegenüber Verwandten des Vaters zu gestatten, hieße grds., dem ne. Kind auch nach dem Tode des Vaters die Möglichkeit zu eröffnen, Erbausgleichswirkungen herbeizuführen[8)]; für den Verlust des Erbrechts nach dem Tode des Vaters ist in § 1934 e aber keine Regelung vorhanden. Schließlich gebieten es nicht nur der Wortlaut, sondern auch Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, dem ne. Kind das Recht zu versagen, den in § 1934 e genannten väterlichen Verwandten gegenüber den vorzeitigen Erbausgleich geltend zu machen:
Der Anspruch aus § 1934 d ist als gesetzlicher Anspruch auf eine vorzeitige Erbabfindung wesentlicher Bestandteil des Erbrechts des ne. Kindes nach seinem Vater[9)]. Durch ihn soll das Kind in die Lage versetzt werden, sich gegen Abgeltung des gesetzlichen Erbrechts und der Pflichtteilsberechtigung nach dem Vater eine Starthilfe zu ver-

---

7) Kittel, NJW 1971 S. 22.

8) Vgl. auch Körting, NJW 1971 S. 23.

9) Siehe dazu im einzelnen oben S. 15 ff.

schaffen. Stirbt aber der Vater vor Zustandekommen des Erbausgleichs, ist das Kind erb-, erbersatz- oder pflichtteilsberechtigt; dem Kind steht also wertungsmäßig ohnehin das zu, was es sonst durch eine vorweggenommene Erbfolge erhalten hätte[10], ein vorzeitiger Erbausgleich hat sich dadurch erübrigt. Ob wirtschaftlich gesehen im Einzelfall der Erbausgleichsbetrag höher als die Beteiligung am Nachlaß des Vaters gewesen wäre, mag dahingestellt bleiben; entscheidend ist allein, daß nach der Wertung der §§ 1934 d, 1934 e die Ausgleichsforderung der Nachlaßbeteiligung gleichgesetzt werden muß[11]. Außerdem widerspräche es sogar dann dem materiellen Zuweisungsgrund des Anspruchs, wenn man dem Kind nur zu Lebzeiten des Vaters das Recht gewährte, von den Verwandten des Vaters eine vorzeitige Abfindung zu fordern. Der Anspruch aus § 1934 d erwächst aus dem Erbrecht des ne. Kindes nach seinem Vater und findet dort seine materielle Rechtfertigung. Beim Erbfall nach dem Vater steht dem Kind jedoch nur ein Recht auf (Mindest)beteiligung am Nachlaß des Vaters zu; dann aber darf das Gesetz, das dem Kind schon zu Lebzeiten des Vaters einen auf diesem Erbrecht basierenden Anspruch zuwendet, auch nur so verstanden werden, daß dieser nur gegenüber dem Vater bestehen soll[12].

B. Die Frage nach weiteren Entstehungsvoraussetzungen

I. Anlaß zur Frage nach möglichen weiteren Entstehungsvoraussetzungen des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich gibt die diffizile Regelungsmechanik des neuartigen Rechts-

---

1o) Vgl. Körting, NJW 1971 S. 23; vgl. auch Brüggemann, ZBlJR 1969 S. 313; Lutter § 3 II 2 S. 75.

11) Siehe dazu schon oben S. 16 f.

12) So im Ergebnis auch die allgemeine Ansicht; vgl. Körting, NJW 1971 S. 23; ders., NJW 197o S. 1526; Odersky § 1934 d Anm. II 2; Brüggemann, ZBlJR 1969 S. 313; Christiansen S. 117; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 1; Gross S. 111; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 8; Lutter § 3 I S. 69.

instituts. Nach § 1934 d Abs. 1 ist das ne. Kind mit Vollendung des 21. Lebensjahres berechtigt, einen vorzeitigen Erbausgleich in Geld zu verlangen; und dieses Recht erlischt kraft Gesetzes ebenfalls nach § 1934 d Abs. 1 mit Vollendung des 27. Lebensjahres[13]. Gleichwohl spricht § 1934 d Abs. 3 davon, daß der Anspruch in drei Jahren von dem Zeitpunkt an verjährt, in dem das Kind das 27. Lebensjahr vollendet. Hat das Kind den vorzeitigen Erbausgleich klageweise geltend gemacht, so verjährt der rechtskräftig festgestellte Anspruch nach § 218 Abs. 1 S. 1 gar erst in dreißig Jahren[14]. Hinzu kommt, daß der Vater Zahlungen, die er im Hinblick auf den Erbausgleich geleistet hat, beim Scheitern des Erbausgleichs selbst dann zurückfordern kann, wenn das Kind das 27. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, die Berechtigung aus § 1934 d Abs. 1 also noch besteht[15](§ 1934 d Abs. 4 S. 3); schließlich treten nach § 1934 e Erbausgleichswirkungen unabhängig davon ein, ob der Vater den Ausgleichsbetrag gezahlt hat.

II. So verwirrend die Systematik der gesetzlichen Regelung auf den ersten Blick erscheint, so verschiedenartig sind auch die Ansichten der Autoren, die den Entstehungstatbestand des Anspruchs zu analysieren versuchen. Der Streit beginnt bei der Frage, ob § 1934 d Abs. 1 dem ne. Kind einen Anspruch[16] oder ein Gestaltungsrecht ein-

---

13) Siehe dazu insbesondere noch unten S. 29 f; a. A. möglicherweise Körting, NJW 1970 S. 1526, der sich dort mißverständlich ausdrückt, wenn er sagt, mit Rücksicht auf die Verjährung könne das Kind den Erbausgleich "praktisch bis zum 30. Lebensjahr" verlangen.

14) Ausführlich zur Verjährung des Anspruchs vgl. unten S. 53 ff.

15) Vgl. dazu insbesondere unten S. 161 ff.

16) Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 3 ff; Bartholomeyczik-Schlüter § 9 II 2 h S. 57; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 2; BGB-RGRK-Kregel § 1934 d Rdn. 2; Christiansen S. 97; Jäger, FamRZ 1971 S. 506; Damrau, FamRZ 1969 S. 587 f; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/ 1970 S. 13 f.

räumt[17]. Er nimmt seinen Fortgang in der Diskussion über den Inhalt des Anspruchs: Zum einen wird zwischen dem Anspruch auf Erbausgleich und dem Anspruch auf Zahlung des Ausgleichsbetrages unterschieden[18]. Dabei soll der Anspruch auf Erbausgleich entweder kraft Gesetzes bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 1[19] oder durch Ausübung eines in § 1934 d Abs. 1 normierten Gestaltungsrechts[20] entstehen, der Zahlungsanspruch hingegen erst mit dem Zustandekommen des Erbausgleichs. Andererseits wird behauptet, der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich entstehe von vornherein als Zahlungsanspruch, der lediglich durch die wirksame Vereinbarung über den Erbausgleich oder das rechtskräftige, den Erbausgleich zusprechende Urteil endgültig festgesetzt werde[21]. Schließlich ist man sich nicht einig, wann der Anspruch fällig wird: Einmal soll die Ausgleichsforderung bei Geltendmachen des Anspruchs fällig werden[22], zum zweiten nach Vollendung des 27. Lebensjahres mit Verjährungsbeginn des Anspruchs[23], und zum dritten wird davon ausgegangen, die Fälligkeit trete erst bei Zustandekommen des Erbausgleichs ein[24].

---

17) Das in § 1934 d Abs. 1 normierte Recht wird als Gestaltungsrecht verstanden von Odersky § 1934 d Anm. II 3 c; Lutter § 3 II 1 S. 71; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 8; Ebert S. 22; Kumme, ZBlJR 1974 S. 23.

18) Jäger, FamRZ 1971 S. 5o6 f; Damrau, FamRZ 1969 S. 587 f; Ebert S. 26; Lutter § 3 II 2 und 3 S. 73 ff; wohl auch KG FamRZ 1973 S. 51, 52; bis einschließlich 32. Auflage auch Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 2.

19) Jäger, FamRZ 1971 S. 5o6.

2o) Ebert S. 22; Lutter § 3 II 1 und 2 S. 71 ff.

21) Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 2o ff; Bartholomeyczik-Schlüter § 9 II h S. 57; BGB-RGRK-Kregel § 1934 d Rdn. 2; Christiansen S. 112, 113; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 2; Odersky § 1934 d Anm. II 3 c.

22) Bartholomeyczik-Schlüter § 9 II 2 h S. 57; Christiansen S. 98; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 2.

23) So wohl BGB-RGRK-Kregel § 1934 d Rdn. 3, wenn dort gesagt wird, die Erfüllungspflicht des Vaters beginne erst mit Vollendung des 27. Lebensjahres.

24) Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 17.

III. Trotz dieser Vielfalt der Meinungen lassen sich unter dem Aspekt des Entstehungstatbestandes des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich folgende Gruppierungen erkennen:

Die erste Gruppe ist durch ihre Ansicht gekennzeichnet, es handele sich beim Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich um einen verhaltenen Anspruch[25]. Dieser entstehe bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 1, und seine Erfüllung dürfe nach Vollendung des 21., aber nur vor Vollendung des 27. Lebensjahres jederzeit verlangt werden. Mit dem Verlangen des ne. Kindes nach Erbausgleich verwandele sich der Anspruch in einen zu erfüllenden, im übrigen identischen Anspruch; der Vater könne nunmehr freiwillig mit dem Kind in notarieller Urkunde den Erbausgleich vereinbaren, anderenfalls müsse das Kind den Erbausgleich einklagen.

Die zweite Gruppe ist durch ihre These charakterisiert, Entstehungsvoraussetzung des Anspruchs sei neben der Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des § 1934 d Abs. 1 noch die Stellung des Ausgleichsverlangens, m. a. W. § 1934 d Abs. 1 normiere ein Gestaltungsrecht[26]. Dabei ist allerdings im weiteren zu unterscheiden zwischen denjenigen, die zwischen dem Anspruch auf Erbausgleich und dem Zahlungsanspruch differenzieren[27], und der Ansicht, die den durch Ausübung des Gestaltungsrechts entstandenen Anspruch als einheitlichen Zahlungsanspruch versteht[28].

Eine dritte Gruppe schließlich geht davon aus, der Anspruch

---

25) So Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 9 und 19 ff; Bartholomeyczik-Schlüter § 9 II 2 h S. 57; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 2; Christiansen S. 97; BGB-RGRK-Kregel § 1934 d Rdn. 2.

26) Ebert S. 22; Lutter § 3 II 1 S. 71; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 8; Odersky § 1934 d Anm. II 3 c; Kumme ZBlJR 1974 S. 23.

27) Ebert. S. 26; Lutter § 3 II 2 und 3 S. 73 ff.

28) Odersky § 1934 d Anm. II 3 c.

auf Zahlung des Erbausgleichs entstehe erst dadurch, "daß erstens das Kind das Ausgleichsverlangen stellt und zweitens zu Lebzeiten der Beteiligten eine rechtswirksame Vereinbarung über diesen Anspruch zustande kommt oder über ihn ein rechtskräftiges Urteil ergeht."[29] Zu dieser Gruppe gehören einmal diejenigen, die den Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich als mehrfach bedingten Anspruch auffassen - bedingt in seiner Entstehung durch die Stellung des Ausgleichsverlangens und das Zustandekommen des Erbausgleichs -, dabei sich aber zur Natur des Rechts, den Erbausgleich geltend zu machen, nicht äußern[30]. Es müssen hierzu aber auch die Ansichten gerechnet werden, die zwischen dem kraft Gesetzes oder durch Ausübung eines in § 1934 d Abs.1 normierten Gestaltungsrechts entstehenden Anspruch auf Durchführung des Erbausgleichs und dem Anspruch auf Zahlung unterscheiden[31].

C. Stellungnahme

I. Ausgangspunkt einer Analyse des Entstehungstatbestandes des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich kann nur der Wortlaut des § 1934 d sein. Wenn es dort in Abs. 1 heißt: "Ein nichteheliches Kind ..... ist berechtigt, von seinem Vater einen vorzeitigen Erbausgleich in Geld zu verlangen.", so muß sich der Leser, der behaupten wollte, hier sei dem ne. Kind kein kraft Gesetzes bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen entstehendes subjektives

---

29) Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 14.

3o) Damrau, FamRZ 1969 S. 587; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 14.

31) So vor allem - in Anlehnung an die ähnliche Rechtsfrage bei der Mängelgewährleistung im Kaufrecht - Jäger, FamRZ 1971 S. 5o6 f; aber auch Lutter § 3 II 2 und 3 S. 73 ff; Ebert S. 26.

Recht eingeräumt worden, schon von den Grundlagen juristischer Interpretation entfernen. Es läßt sich durch einen Vergleich dieser Regelung mit § 194 unschwer entnehmen, daß sich der Gesetzgeber des Anspruchsbegriffs bedient hat - dem ne. Kind ist das Recht gewährt, ein bestimmtes Tun von seinem Vater zu verlangen. Daher gewinnt man unvoreingenommen den Eindruck, der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich entstehe kraft Gesetzes bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 1934 d Abs. 1. Ein Blick auf Abs. 2, Abs. 3, Abs. 5 des § 1934 d scheint dies zu bestätigen: Abs. 2 betrifft die Modalitäten der Berechnung des Anspruchs, Abs. 3 die Verjährung, und Abs. 5 sieht unter bestimmten Voraussetzungen eine Stundungsmöglichkeit vor.

II. Gleichwohl ist es gerade Abs. 3, der wegen seines Sinnzusammenhangs mit Abs. 1 Zweifel erweckt, ob das in Abs. 1 normierte subjektive Recht systematisch als "Anspruch" anzusehen ist. Aufgrund der dort getroffenen Regelung: "Der Anspruch verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem das Kind das siebenundzwanzigste Lebensjahr vollendet hat.", ist man zwar unwillkürlich geneigt, diesen Anspruch mit der in Abs. 1 normierten Berechtigung zu identifizieren[32]. Die Unmöglichkeit einer völligen Identifizierung zeigt sich jedoch spätestens dann, wenn die Konsequenz eines derartigen Verständnisses erkannt wird; denn Abs. 3 würde zu der Annahme zwingen, das ne. Kind könne von seinem Vater einen vorzeitigen Erbausgleich noch bis zur Vollendung des 3o. Lebensjahres verlangen[33], obwohl nach Abs. 1 dieses Recht kraft Geset-

---

32) Siehe dazu auch Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 9.

33) So aber möglicherweise Körting, NJW 197o S. 1526 (vgl. dazu insbesondere schon oben S. 25 Fn. 13).

zes mit Vollendung des 27. Lebensjahres erlischt. Daß Abs. 3 aber die Altersgrenzen des Abs. 1 erweitert, darf dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden; ebenso gut hätte gleich in Abs. 1 bestimmt werden können, der vorzeitige Erbausgleich sei noch bis zum 3o. Lebensjahr geltend zu machen, eines "Umwegs" über Abs. 3 hätte es dazu nicht bedurft. Sollen daher die in Abs. 1 bestimmten Altersgrenzen und die Verjährungsfrist des Abs. 3 nicht ins Leere gehen, muß man sowohl davon ausgehen, daß das in Abs. 1 normierte subjektive Recht des ne. Kindes mit Vollendung des 21. Lebensjahres entsteht und mit Vollendung des 27. Lebensjahres erlischt, daß jedoch auch der Anspruch, den Abs. 3 meint, noch nach Vollendung des 27. Lebensjahres besteht[34]. Dabei bleibt dann für denjenigen, der diesen Zusammenhang von Abs. 1 und Abs. 3 sinnvoll deuten will, allein eine Auslegungsmöglichkeit, die zudem noch von § 1934 d Abs. 4 S. 2 bestätigt wird[35]: Um die in Abs. 3 normierte Verjährung in Gang zu setzen, ist es erforderlich, daß das ne. Kind innerhalb der in Abs. 1 festgesetzten Altersgrenzen dem Vater von seiner Entscheidung für den Erbausgleich Mitteilung macht, d. h. das Ausgleichsverlangen stellt[36].

III. Mit dieser Feststellung ist aber gleichzeitig eine Aussage verbunden, die die Frage nach den Entstehungsvoraussetzungen des Anspruchs kompliziert: Das Gesetz, das in Abs. 3 von dem "Anspruch" spricht, darf im Rahmen

---

34) Vgl. dazu Odersky § 1934 d Anm. II 3 c; Brüggemann, ZBlJR 1969 S. 313.

35) § 1934 d Abs. 4 S. 2 spricht vom "Ausgleichsverlangen".

36) So auch die allgemeine Ansicht; vgl. Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 2; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 9; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 11; Bartholomeyczik-Schlüter § 9 II 2 h S. 57; Lutter § 3 II 1 S. 71; Damrau, FamRZ 1969 S. 588; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 18; Kumme, ZBlJR 1974 S. 22 f; Jäger, FamRZ 1971 S. 5o6; Christiansen S. 97; BGB-RGRK-Kregel § 1934 d Rdn. 2; Ebert S. 22.

des § 1934 d nur so verstanden werden, daß damit der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich gemeint ist. Da die Tatbestandsmerkmale für diesen in Abs. 3 angesprochenen Anspruch aber nur dann erfüllt sind, wenn das Kind von seinem in Abs. 1 normierten Recht, den Erbausgleich zu verlangen, Gebrauch macht, beinhaltet die Ausübung dieses Rechts ein gestaltendes Moment; und das nötigt zur Frage, ob eben dieses Recht des Abs. 1 nicht als "Anspruch", sondern als "Gestaltungsrecht" verstanden werden muß, mit dessen Ausübung der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich erst entsteht[37].

1. Unter Zugrundelegung des herkömmlichen Verständnisses des Gestaltungsrechts läßt sich das in § 1934 d Abs. 1 normierte Recht durchaus begrifflich als Gestaltungsrecht erfassen, da mit dem Verlangen nach Erbausgleich zumindest in der Weise auf eine bestehende Rechtslage eingewirkt wird, daß die Voraussetzungen für die Geltung der Verjährungsfrist des Abs. 3 erfüllt sind[38]. Das zeigt gleichzeitig, daß im Rahmen der vorliegenden Untersuchung die Frage nach der Abgrenzung von "Anspruch" und "Gestaltungsrecht" nur insofern sinnvoll ist, als in § 1934 d Abs. 1 allenfalls dann kein Anspruch normiert ist, wenn erst mit Ausübung der in Abs. 1 normierten Berechtigung der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich entsteht. Hat somit die Annahme, das in Abs. 1 normierte Recht sei seiner Natur nach ein Gestaltungsrecht, not-

---

37) Siehe dazu insbesondere Odersky § 1934 d Anm. II 3 c; Ebert S. 22; Lutter § 3 II 1 S. 71; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 8 ff; Kumme, ZBlJR 1974 S. 23; (diese Autoren verstehen die in § 1934 d Abs. 1 normierte Berechtigung als Gestaltungsrecht).

38) Vgl. Lehman-Hübner § 12 I 1 b S. 88: "Das Gestaltungsrecht gibt die Möglichkeit, durch eine Willenserklärung oder Handlung auf eine bestehende Rechtslage einzuwirken, ..."
Zum Gestaltungsrecht siehe auch Lange AT § 12 III S. 88 f; Seckel S. 12 ff; Enneccerus-Nipperdey § 73 b 3 S. 441.

wendig zur Konsequenz, daß mit dem Geltendmachen des Erbausgleichs auch erst das Schuldverhältnis zwischen Vater und ne. Kind begründet wird, so ist in diesem Zusammenhang zunächst festzustellen, daß sich Bedenken gegen die Annahme, dem Ausgleichsverlangen komme eine derart umfassende rechtsgestaltende Wirkung zu, nicht aus der in § 1934 d Abs. 4 S. 2 getroffenen Regelung ergeben, wonach das Ausgleichsverlangen jederzeit auch ohne Einwilligung des Vaters zurücknehmbar ist[39]: Zwar könnte das Kind dann einseitig auf ein bestehendes Schuldverhältnis einwirken und in Abweichung von § 397 den bereits entstandenen Anspruch wieder vernichten; eine solche Regelung steht aber im Belieben des Gesetzgebers. Vielmehr vermag über das, was für oder gegen ein derartiges Verständnis der Regelungsmechanik des Gesetzes spricht, allein der rechtsfunktionale Zusammenhang von Abs. 1 und Abs. 3 des § 1934 d, also die Ursache des vorliegenden Problems, Auskunft zu geben; und dazu ist folgendes anzumerken:

a. In Abs. 1 hat der Gesetzgeber dem Kind das Recht gewährt, innerhalb bestimmter Altersgrenzen einen vorzeitigen Erbausgleich zu verlangen. Kommt vor Ablauf dieser Frist in notarieller Urkunde oder durch rechtskräftiges Urteil ein vorzeitiger Erbausgleich zustande, verjährt die auf solche Weise festgesetzte Ausgleichsforderung nach den allgemeinen Regeln (§§ 195, 218)[40]. Entscheidet sich hingegen das Kind erst kurz vor Vollendung des 27. Lebensjahres für den Erbausgleich, sind regelmäßig vor Ablauf der Frist des Abs. 1 Erbausgleichswirkungen durch Abschluß einer notariellen Vereinbarung oder ein

---

39) A. A. wohl Damrau, FamRZ 1969 S. 588; Jäger, FamRZ 1971 S. 506.

40) Vgl. dazu im einzelnen noch unten S. 53 ff.

rechtskräftiges Urteil nicht mehr herbeizuführen; d. h. nach Ablauf der Frist des Abs. 1 könnte der Vater ohne die Regelung des Abs. 3 ein Erlöschen des Rechts auf Erbausgleich einwenden. Daraus folgt aber zum einen, daß Abs. 3 vornehmlich die Aufgabe hat, die starren Altersgrenzen des Abs. 1 nach oben hin flexibler zu gestalten, um so in allen Fällen, in denen Abs. 1 ein Recht auf Erbausgleich gewährt, ein Zustandekommen des Erbausgleichs möglich zu machen. Zum anderen darf aber auch eine derartige Funktion des Abs. 3 im System der §§ 1934 d, 1934 e nicht ohne Bedeutung für das Verständnis der Regelungsmechanik des Gesetzes bleiben. Denn wenn § 1934 d Abs. 1 dem ne. Kind ohnehin schon ein subjektives Recht mit dem Inhalt einräumt, von seinem Vater einen vorzeitigen Erbausgleich zu verlangen, hat die Stellung des Ausgleichsverlangens in rechtsgestaltender Hinsicht doch nur den Zweck, die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Geltung der Verjährungsfrist des Abs. 3 zu erfüllen. Daraus folgt dann aber wiederum, daß sich das dem Ausgleichsverlangen innewohnende gestaltende Moment lediglich in der Weise sinnvoll deuten läßt, daß das Geltendmachen des Erbausgleichs rechtserhaltend auf ein Recht einwirkt, das zu einer Zeit, in der das Ausgleichsverlangen gestellt wird, sowieso schon besteht; und um dieses Recht zu erhalten, bedarf es nicht erst der Begründung eines Schuldverhältnisses zwischen Vater und ne. Kind, dieses ist vielmehr als unter den Voraussetzungen des Abs. 1 kraft Gesetzes bestehendes Schuldverhältnis notwendige Voraussetzung dafür, daß das dem ne. Kind in Abs. 1 gewährte subjektive Recht noch nach Ablauf der Frist des Abs. 1 weiter bestehen bleibt.

b. Kein Gegenargument bildet der Aspekt, § 1934 d Abs. 1 normiere ein gesetzliches Wahlrecht i. S. der §§ 262,

263[41]. Zwar steht das ne. Kind zwischen dem vollendeten 21. und dem nicht vollendeten 27. Lebensjahr vor der Entscheidung, ob es den Erbausgleich dem Erbrecht nach dem Vater vorziehen soll; es läßt sich daher durchaus behaupten, das Kind sei aufgrund des§ 1934 d Abs. 1 imstande, zwischen dem Erbrecht nach dem Vater und dem vorzeitigen Erbausgleich zu wählen. Eine Wahlschuld i. S. der §§ 262, 263 berechtigt den Schuldner oder Gläubiger jedoch, rechtsgestaltend zwischen mehreren geschuldeten Leistungen in der Weise auszuwählen, daß das Bewirken der als geschuldet ausgewählten Leistung das Erlöschen des Schuldverhältnisses zur Folge hat[42]; und eine solche Berechtigung gewährt § 1934 d Abs. 1 nicht: Zum einen schuldet der Vater nur die Leistung des vorzeitigen Erbausgleichs, während das Erbrecht nach dem Vater sich zu dessen Lebzeiten lediglich als Anwartschaft darstelllt, Anwartschaft dabei verstanden nicht als echtes Anwartschaftsrecht, sondern als ungewisse Aussicht, als rechtlich unerhebliche Chance[43]; zum anderen bleibt das Erbrecht nach dem Vater ohnehin erhalten, wenn das ne. Kind sich nicht für den Erbausgleich entscheidet, insofern bedarf es keiner rechtsgestaltenden Erklärung des Kindes. Trifft daher der den §§ 262, 263 zugrunde liegende Gedanke nicht auf die Situation des ne. Kindes zu, das sich zwischen dem Erbrecht nach dem Vater und dem vorzeitigen Erbausgleich entscheiden muß, bleibt als Erklärung für die Behauptung, der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich entstehe mit

---

41) So aber Ebert S. 22.

42) Vgl. dazu Erman-Sirp § 262 Rdn. 1; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt § 262 Rdn. 1.

43) Vgl. dazu auch Lange, Festschrift für Nottarp S. 121 f; zum Anwartschaftsrecht vgl. Westermann § 5 III 3 a S. 31; Medicus § 2o S. 193 ff.

Ausübung eines in § 1934 d Abs. 1 normierten Gestaltungsrechts, allein die Regelungsmechanik des § 1934 d. Diese jedoch steht einer derartigen Annahme entgegen, da der rechtsfunktionale Zusammenhang von Abs. 1 und Abs. 3 sich nur in der Weise sinnvoll erklären läßt, daß die zur Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Abs. 3 notwendige Stellung des Ausgleichsverlangens lediglich rechtserhaltende Bedeutung hat[44].

2. Mit dieser Feststellung löst sich aber auch zwanglos der vermeintliche Widerspruch zwischen Abs. 1 und Abs. 3, der es unmöglich machte, die in Abs. 1 normierte Berechtigung mit dem Anspruch, den Abs. 3 meint, völlig zu identifizieren und dadurch die Frage nach den Entstehungsvoraussetzungen des Anspruchs komplizierte[45]. Wenn nämlich Abs. 3 von dem "Anspruch" spricht, bezeichnet er damit notwendig das subjektive Recht des Abs. 1, für das die Regelung des Abs. 3 jedoch nur Anwendung findet, falls das ne. Kind innerhalb der Frist des Abs. 1 das Ausgleichsverlangen gestellt und später nicht zurückgenommen hat. Die dem ne. Kind in Abs. 1 zugestandene Berechtigung läßt sich somit nicht als "Gestaltungsrecht", sondern nur als "Anspruch" verstehen, dem lediglich insoweit ein gestaltendes Moment innewohnt, als dem bloßen Geltendmachen des Anspruchs rechtserhaltende Wirkung zukommt.

IV. Wird nun in diesem Zusammenhang die Ansicht vertreten, der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich sei "in seiner

---

44) Siehe dazu auch Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 2o, wo das Geltendmachen des Erbausgleichs als "Rechtssicherung" bezeichnet wird.

45) Vgl. oben S. 29 ff.

Entstehung bedingt durch seine Geltendmachung"[46], so muß das eben schon deshalb zweifelhaft erscheinen, weil die in Abs. 1 normierte Berechtigung nicht in die Kategorie "Gestaltungsrecht", sondern in die des "Anspruchs" einzuordnen ist - man würde dem bloßen Geltendmachen eines Anspruchs in der Weise rechtsbegründende Wirkung zusprechen, daß durch das Verlangen nach Leistung der Anspruch erst entsteht. Das Verlangen nach vorzeitigem Erbausgleich als aufschiebende Bedingung der Rechtsentstehung zu verstehen, kann aber auch ohnehin nur geboten sein, wenn sich eine derartige Konstruktion überhaupt mit der herkömmlichen privatrechtlichen Systematik erfassen läßt oder - falls das nicht möglich ist - durch das Regelungssystem der §§ 1934 d, 1934 e erforderlich gemacht wird.

1. Die herkömmliche Dogmatik unterscheidet zwischen bedingten, befristeten, betagten und verhaltenen Ansprüchen.

Der i. S. der §§ 158 ff bedingte Anspruch beruht auf der den Parteien gegebenen Möglichkeit, ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung vorzunehmen[47], d. h. die Wirkungen des Rechtsgeschäfts von dem Eintritt eines zukünftigen ungewissen Ereignisses abhängig zu machen. Hiernach ist der auflösend bedingte Anspruch bereits existent und kann bis zum Eintritt der Bedingung ohne weiteres geltend gemacht werden, da er grds. sofort fällig ist (§ 271). Die Entstehung des aufschiebend bedingten Anspruchs ist hingegen noch vom Bedingungseintritt abhängig; erst dann ist der Gläubiger

---

46) Damrau, FamRZ 1969 S. 588; vgl. auch Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/1970 S. 14.

47) Vgl. dazu Larenz AT § 25 I S. 420 ff; Lehmann-Hübner § 35 S. 278 ff.

berechtigt, die Leistung zu verlangen.

Beim sog. befristeten Anspruch[48] haben die Parteien die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts von einem Anfangs- oder Endtermin abhängig gemacht. Demzufolge ist der vom Endtermin abhängige Anspruch ebenso wie der auflösend bedingte Anspruch existent, er kann - die Fälligkeit unterstellt - ohne weiteres geltend gemacht werden; beim von einem Anfangstermin abhängigen Anspruch ist die Rechtslage in dieser Hinsicht die gleiche wie beim aufschiebend bedingten Anspruch.

Die Rechtsfigur des betagten Anspruchs erklärt sich aus der Tatsache, daß die Fälligkeit keine begriffsnotwendige Eigenschaft eines bereits bestehenden Anspruchs ist[49]. Läßt sich durch Auslegung des von den Parteien vorgenommenen Rechtsgeschäfts der Wille zur sofortigen Wirkung des Rechtsgeschäfts feststellen, dann hat die Vereinbarung einer bestimmten Leistungszeit zur Folge, daß das Recht des Gläubigers, die Leistung zu verlangen, zwar mit Abschluß des Rechtsgeschäfts entsteht, aber in der Weise gehemmt ist, daß es erst bei Fälligkeit geltend gemacht werden kann, d. h. wenn die vereinbarte Leistungszeit eingetreten ist.

Schließlich erhält der sog. verhaltene Anspruch seine Rechtfertigung ebenfalls aus der Tatsache, daß ein Anspruch bereits bestehen kann, obwohl der Schuldner noch nicht verpflichtet ist, die Leistung schon zu erbringen. Beruht der betagte Anspruch auf der Vereinbarung der Par-

---

48) Vgl. dazu Lehmann-Hübner § 35 B S. 296 f; Larenz AT § 25 V S. 434 ff.

49) Siehe Enneccerus-Nipperdey § 222 II 4 S. 1366; Lehmann-Hübner § 13 I 3 S. 96; vgl. auch § 271: Die Parteien können die Leistungszeit selbst vereinbaren.

teien über eine bestimmte Leistungszeit, so erklärt sich der verhaltene Anspruch in folgender Weise: Der Gläubiger ist bereits berechtigt, eine bestimmte Leistung zu verlangen, "es liegt aber noch keine aktuelle Verpflichtung des Schuldners vor, so daß ihm bereits die Leistung zugemutet werden könnte oder der Gläubiger sich darüber beklagen dürfte, daß die Leistung noch nicht erbracht ist."[50] Der Anspruch wird erst zu einem vom Schuldner jederzeit zu erfüllenden, d. h. fälligen Anspruch, wenn der Gläubiger dem Schuldner das Verlangen nach Erfüllung mitteilt. Seiner Rechtsnatur nach ist der verhaltene Anspruch demnach ein Anspruch, "der besteht, der nicht fällig, aber gleichwohl in keiner Weise gehemmt ist."[51]

2. Untersucht man diese verschiedenartig ausgestalteten Ansprüche unter dem im vorliegenden Zusammenhang allein interessierenden Aspekt der rechtsfunktionalen Bedeutung des Verlangens des Gläubigers nach Leistung, so läßt sich folgendes festhalten:
Dem bloßen Geltendmachen eines Anspruchs in der Weise rechtsbegründende Wirkung zukommen zu lassen, daß durch das Verlangen des Gläubigers nach Leistung der Anspruch erst entsteht, ist eine dogmatisch unbekannte Erscheinung[52]. Der aufschiebend bedingte und der von einem Anfangstermin abhängig gemachte Anspruch kann erst geltend gemacht wer-

---

50) Langheineken S. 101; vgl. auch Enneccerus-Nipperdey § 222 II 4 S. 1366; Lehmann-Hübner § 13 I 3 S. 96.

51) Langheineken S. 101.

52) Vgl. dazu schon den Gedanken Windscheids, Pandekten I § 107 S. 308: "Ein Anspruch, den ich durch ein Wort ins Leben rufen kann, kann ich ganz in der nämlichen Weise geltend machen wie einen Anspruch, der mir schon zusteht."
Korrigiert wird dieser Gedanke von Langheineken, S. 101/102 Fn. 6, insoweit, als er richtig sagt: "Ein Anspruch, den ich geltend machen kann, muß notwendig bereits existieren."
Siehe dazu auch v. Tuhr § 15 IV S. 257: "..... das Recht, die Leistung zu verlangen, (ist) schon vorhanden, bevor der Berechtigte das Verlangen ausspricht."

den beim Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins, d. h. wenn der Anspruch bereits entstanden ist. Die Erfüllung des auflösend bedingten oder von einem Endtermin abhängig gemachten Anspruchs kann nur verlangt werden bis zum Eintritt der Bedingung oder des Endtermins. Der betagte Anspruch ist bereits existent, wenn seine Fälligkeit eintritt; beim verhaltenen Anspruch ist ebenfalls das Recht, die Leistung zu verlangen, schon vorhanden, bevor der Gläubiger das Verlangen nach Erfüllungen stellt. Immer setzt das begründete Verlangen des Gläubigers nach Leistung zumindest die Existenz eines Anspruchs voraus, und immer dient das Geltendmachen eines Anspruchs nur zur Verwirklichung des bereits bestehenden Rechts, vom Schuldner ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zu verlangen.

3. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung eine andersartige, systemfremde Betrachtungsweise zugrunde zu legen, darf aber allenfalls dann zulässig sein, wenn sich auf dem Boden der herkömmlichen privatrechtlichen Systematik die Regelungsmechanik des neuartigen Rechtsinstituts nicht sinnvoll deuten läßt; das jedoch ist nicht der Fall. Vielmehr beinhaltet der den Entstehungstatbestand des Anspruchs komplizierende Zusammenhang von § 1934 d Abs. 1 und Abs. 3 eine typische, vielen Vorschriften zugrunde liegende Situation[53]- der Gläubiger muß sich überlegen, ob er einen ihm zustehenden Anspruch geltend machen will; die dabei bestehende rechtliche Besonderheit, daß der Anspruch nur auf Verlangen des Gläubigers zu erfüllen ist, sich also als sog. verhaltener Anspruch darstellt, vermag auch für die Regelungsmechanik der §§ 1934 d, 1934 e eine

---

53) Vgl. dazu die Aufzählung bei Langheineken S. 103. Siehe in diesem Zusammenhang auch Jäger, FamRZ 1971 S. 506: Das ne. Kind befindet sich "in der Lage eines Gläubigers, der einen Willensentschluß fassen muß, ob er einen ihm zustehenden Anspruch geltend machen will oder nicht."

systemkonforme Lösung zu bieten[54]: Daß § 1934 d Abs. 1 dem ne. Kind ein subjektives Recht einräumt, das mit Vollendung des 21. Lebensjahres entsteht, läßt sich ohnehin nicht bestreiten[55]. Dieses Recht ist aber auch als Anspruch bereits notwendig existent, weil es ohne weiteres geltend gemacht werden kann; nur liegt noch keine aktuelle Verpflichtung des Vaters vor, eine zwangsläufige Konsequenz der Tatsache, daß der Vater vorher nicht wissen kann, ob das Kind den vorzeitigen Erbausgleich dem Erbrecht nach dem Vater vorzieht. Erst wenn das Kind ihm die Entscheidung für den Erbausgleich mitteilt, wird der Anspruch fällig, und der Vater hat jetzt die zur Erfüllung der Verbindlichkeit notwendigen Maßnahmen[56] ebenso zu treffen wie das Kind, das nunmehr aufgrund der Besonderheit der §§ 1934 d, 1934 e, nach denen die Rechtsfolge des § 1934 e und die Durchsetzbarkeit des Anspruchs unlösbar miteinander verknüpft sind, den Anspruch entweder durch Herbeiführung einer gütlichen, den gesetzlichen Wirksamkeitserfordernissen entsprechenden Vereinbarung oder im Klagewege durchsetzen muß.

V. Läßt sich somit festhalten, daß der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 1934 d Abs. 1 kraft Gesetzes als verhaltener Anspruch entsteht, der mit Stellung des Ausgleichsverlangens fällig wird und zu erfüllen ist, bleibt gleichwohl fraglich, mit welchem Inhalt dieser Anspruch entsteht.

---

54) Siehe Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 9 ff; Bartholomeyczik-Schlüter § 9 II 2 h S. 57; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 2; BGB-RGRK-Kregel § 1934 d Rdn. 2; Christiansen S. 97.

55) Siehe dazu schon oben S. 28 ff.

56) Zur Frage, mit welchem Inhalt der Anspruch entsteht, vgl. sogleich unten unter V.

1. Anlaß zu dieser Frage gibt die Regelung des § 1934 d Abs. 4 S. 3, in der das Gesetz davon ausgeht, daß der Vater etwa schon im Hinblick auf den Erbausgleich geleistete Zahlungen zurückfordern kann, falls ein solcher nicht zustande kommt. Vermag der nach dem Geltendmachen des Ausgleichsverlangens zu erfüllende Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich demnach vor Zustandekommen des Erbausgleichs durch Zahlung nicht erfüllt zu werden, geht zwanglos aus § 1934 d Abs. 4 S. 3 hervor, daß es sich beim Anspruch aus § 1934 d Abs. 1 zumindest nicht um einen Zahlungsanspruch im herkömmlichen Sinne handelt[57]. Damit durch Zahlungen des Vaters Erfüllungswirkungen eintreten, ist vielmehr zusätzlich ein Zustandekommen des Erbausgleichs durch notarielle Vereinbarung oder rechtskräftiges Urteil erforderlich; und weil § 1934 d Abs. 1 einen Anspruch normiert, der mit Stellung des Ausgleichsverlangens zu erfüllen ist und der als Anspruch ja notwendig erfüllungstauglich sein muß, könnte das Gesetz in der Weise zu verstehen sein, daß der Anspruch des Abs. 1 - da er dann von vornherein erfüllungstauglich wäre - lediglich auf Abgabe einer notariellen Erklärung des Vaters gerichtet ist und der Anspruch als Zahlungsanspruch erst mit dem Zustandekommen des Erbausgleichs entsteht.

2. Diejenigen, die eine diesbezügliche Ansicht vertreten, argumentieren im wesentlichen wie folgt[58]:
Da der Vater beim Scheitern des Erbausgleichs bereits geleistete Zahlungen zurückverlangen könne und als Anspruchs-

---

57) Siehe dazu auch Damrau, FamRZ 1969 S. 587; Brox Rdn. 84.

58) So vor allem Jäger, FamRZ 1971 S. 5o6 f; ähnlich auch Damrau, FamRZ 1969 S. 587 f; vgl. auch Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 14; Ebert S. 23, 26; Lutter § 3 II 2 und 3 S. 73 ff, die ebenfalls zwischen dem Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich und dem Zahlungsanspruch unterscheiden.

grundlage für die rechtsgrundlose Leistung nur § 812 Abs. 1 in Betracht komme, müsse davon ausgegangen werden, daß die Begründung der Zahlungsverpflichtung als Rechtsgrund der Leistung, wie sie in § 1934 d Abs. 4 S. 3 vorausgesetzt werde, nicht kraft Gesetzes eintrete. Der Rechtsgrund der Zahlungen sei vielmehr gleichermaßen von der notariellen Vereinbarung als auch von einem rechtskräftigen Urteil abhängig; in diesem Sinne gestalteten der Vater und das ne. Kind bei der notariellen Vereinbarung[59] das zwischen ihnen nach § 1934 d Abs. 1 bestehende Rechtsverhältnis um; und deshalb entstehe der Anspruch auf Zahlung auch erst mit Abschluß der Vereinbarung. Dem sei nicht entgegenzuhalten, daß das Kind - wie sich aus § 1934 d Abs. 4 S. 2 ergebe - sofort auf Zahlung klagen könne und im Urteil nur der Erbausgleich in Geld zuerkannt, aber nicht die Pflicht zum Abschluß einer Vereinbarung ausgesprochen werde. Diese dogmatische Schwierigkeit müsse entsprechend der parallelen Rechtsfrage der Mängelgewährleistung im Kaufrecht überwunden werden[60]. Man habe daher zwischen dem nach § 1934 d Abs. 1 kraft Gesetzes entstehenden Anspruch auf Abschluß einer Vereinbarung und dem mit Rechtskraft des Urteils entstehenden Zahlungsanspruch zu unterscheiden[61].

3. Zu einem derartigen Verständnis der Regelungsmechanik

---

59) Vgl. in diesem Zusammenhang Lutter § 3 II 3 S. 75, der ohne gesetzlichen Anhaltspunkt davon ausgeht, daß sich der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich kraft Gesetzes mit wirksamer Feststellung seiner Höhe in einen Zahlungsanspruch verwandele. Wenn man schon zwischen dem Anspruch auf Erbausgleich und dem Zahlungsanspruch unterscheidet, wandelt sich der Anspruch aber nicht kraft Gesetzes um, sondern entsteht erst mit dem Zustandekommen des Erbausgleichs (Siehe Jäger, FamRZ 1971 S. 506 Fn. 34; vgl. auch Odersky § 1934 d Anm. II 3 c).

60) Dort kann trotz § 465 sofort auf Zahlung geklagt werden; siehe BGHZ 29, 148, 152 ff; vgl. auch Bötticher S. 4 ff, S. 31 ff; Larenz SR BT § 4 II a S. 45 ff.

61) So ausdrücklich Jäger, FamRZ 1971 S. 507.

des Gesetzes ist kritisch folgendes auszuführen:

a. Geht man vom Wortlaut des § 1934 d aus, wo es in Abs. 1 heißt, daß das Kind einen vorzeitigen Erbausgleich "in Geld" verlangen kann, dessen Höhe zudem sogleich in Abs. 2 geregelt ist, stellt sich das in Abs. 1 normierte Recht lediglich als Geldforderung dar. Berücksichtigt man jedoch, daß Anspruchsgrundlage für das in § 1934 d Abs. 4 S. 3 vorausgesetzte Rückforderungsrecht § 812 Abs. 1 ist, und zwar regelmäßig § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1[62)], erscheint es unter Zugrundelegung des Hauptanwendungsfalles der condictio indebiti, nämlich der Leistung auf eine Nichtschuld, nur konsequent, als Entstehungszeitpunkt des Zahlungsanspruches das Zustandekommen des Erbausgleichs anzunehmen, da dann ein Rechtsgrund für die Leistung von Anfang an bestünde. Dies wird bestärkt durch die Feststellung, daß Vater und ne. Kind das zwischen ihnen nach § 1934 d Abs. 1 bestehende Schuldverhältnis bei der notariellen Vereinbarung in der Weise umgestalten, daß sie den Anspruch auf Zahlung der Erbausgleichssumme endgültig festsetzen. Was aber - abgesehen vom Wortlaut des § 1934 d Abs. 1 und der in Abs. 2 geregelten Höhe des Anspruchs - Zweifel an der Richtigkeit der obigen Argumentation erweckt, ist zunächst der nicht auf die Leistung auf eine Nichtschuld beschränkte Anwendungsbereich des § 812 Abs. S. 1 Fall 1. Der Tatbestand der condictio indebiti greift nämlich auch dann ein, wenn die Erfüllung aus anderen Gründen als aus dem des Nichtbestehens der Forderung ausbleibt. So umfaßt § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 insbesondere auch die erfolglose Leistung auf eine einredefrei bestehende Schuld; z. B. hat

---

62) Siehe dazu im einzelnen aber noch unten S. 152 ff.

der Gattungsschuldner[63], der Waren schlechterer als mittlerer Art und Güte liefert, grds.[64] einen Anspruch auf Rückübertragung der Ware aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1. Aus dieser für die erfolglose Leistung solvendi causa bestehenden Zuständigkeit des § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 hat man dann aber zu folgern , daß es zumindest nicht zwingend ist, Entstehungszeitpunkt eines Anspruchs und Bestehen eines Rechtsgrundes für die Leistung in einer derartigen Abhängigkeit zu sehen, daß ein Anspruch nur dann besteht, wenn auch ein Rechtsgrund für seine Erfüllung gegeben wäre: Einem Schuldner, der wegen zu früher Leistung nicht von seiner Verbindlichkeit befreit wird, muß doch auch das Recht zugestanden werden, seine Leistung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 zurückzuverlangen, denn der hier zwar grds. in Betracht kommende Arglisteinwand "dolo petit qui petit quod statim redditurus est" meint eben nur die Pflicht zur "sofortigen" Rückgabe. In dieser Hinsicht kann sich die Frage des Vorliegens eines Rechtsgrundes i. S. des § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 also durchaus als Erfüllungsproblematik darstellen, so daß das Zustandekommen des Erbausgleichs möglicherweise keine Entstehungs-, sondern lediglich eine Erfüllbarkeitsvoraussetzung des Anspruchs ist[65].

Außerdem paßt auch ein Vergleich mit der Mängelgewährleistung des Kaufrechts im Rahmen der §§ 1934 d, 1934 e schon insofern nicht, als sich dort der Käufer zwischen mehreren möglichen Ansprüchen zu entscheiden hat, während beim vorzeitigen Erbausgleich allein die Abfindung verlangt werden kann[66]. So ist zwar ohne weiteres zuzugeben, daß Ver-

---

63) Beispiel von Medicus § 27 III S. 299.

64) Vorbehaltlich § 48o.

65) Vgl. dazu insbesondere noch unten S. 52 f, 157 ff.

66) Siehe Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 18.

gleiche mit herkömmlichen Rechtsfiguren für eine Analyse eines neuartigen Rechtsinstuts grds. unerläßlich sind; sie dürfen aber nicht dazu führen, die Regelungsmechanik der §§ 1934 d, 1934 e komplizierter zu machen, als sie ohnehin schon ist. Insbesondere liegt der Schlüssel zum Verständnis des Entstehungstatbestandes des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich und damit auch zur Beurteilung des Inhalts des in § 1934 d Abs. 1 normierten Rechts nicht im Bereicherungs- oder Gewährleistungsrecht, sondern vor allem in den §§ 1934 d, 1934 e selbst.

b. Wenn es dort in § 1934 d Abs. 1 heißt: "Ein nichteheliches Kind ..... ist berechtigt, von seinem Vater einen vorzeitigen Erbausgleich in Geld zu verlangen.", geht das Gesetz offenbar von einem von vornherein auf Zahlung gerichteten Anspruch aus[67]. Auch dem Wortlaut der übrigen Absätze des § 1934 d läßt sich kein Hinweis entnehmen, der eine Konstruktion nahelegt, nach der zwischen einem Anspruch auf Abschluß einer Vereinbarung und dem Anspruch auf Zahlung zu differenzieren ist. Das Gesetz stellt vielmehr in § 1934 d Abs. 4 S. 2 klar, daß das Kind ohne weiteres Klage auf Zahlung des Ausgleichsbetrages erheben kann. Hier gleichwohl anzunehmen, in § 1934 d Abs. 1 sei ein Recht auf Abschluß einer Vereinbarung über den vorzeitigen Erbausgleich normiert, ist daher nur sinnvoll und geboten, wenn entweder die Funktion , die der notariellen Vereinbarung im Regelungssystem der §§ 1934 d, 1934 e zukommt, zu einem derartigen Verständnis zwingt, oder aber ein praktisches, dem Zweck des Gesetzes entsprechendes Bedürfnis besteht,

---

67) Siehe auch Christiansen S. 1o5 f; Erman-Bartholomeyczik--Schlüter § 1934 d Rdn. 7, 14, 18; vgl. dazu ebenfalls Odersky § 1934 d Anm. II 3 c.

das eine derartige dogmatische Konstruktion fordert.

aa. Dazu ist zunächst festzustellen, daß die der notariellen Vereinbarung innerhalb der §§ 1934 d, 1934 e zukommende Aufgabe eine solche differenzierte Betrachtungsweise nicht notwendig macht. Die notarielle Vereinbarung hat nämlich - wie die folgende Überlegung zeigt - nicht die Funktion, eine Schuld zu begründen, d. h. den Zahlungsanspruch entstehen zu lassen, vielmehr soll sie ebenso wie das rechtskräftige Urteil als Wirksamkeitsvoraussetzung des Erbausgleichs vor allem die Voraussetzungen der Rechtsfolgeregelung des § 1934 e herbeiführen:

Geht man davon aus, daß die notarielle Vereinbarung neben der Beweissicherung insbesondere dazu dient, die Parteien fachkundig zu beraten und das Kind vor einem voreiligen Verlangen nach Erbausgleich zu schützen[68], so wird mit ihr dieser Zweck gerade deshalb verfolgt, weil sowohl das ne. Kind als auch der Vater bei einer gütlichen Vereinbarung über den Erbausgleich den rechtsautomatisch mit dem Zustandekommen des Erbausgleichs eintretenden umfassenden Erbrechtsausschluß in Kauf nehmen müssen[69]. Vater und Kind, die einen vorzeitigen Erbausgleich vereinbaren, sind sich also gezwungenermaßen auch über den Erbrechtsausschluß einig, der kraft Gesetzes eintritt. Vergleicht man in dieser Hinsicht das System der §§ 1934 d, 1934 e mit der Rechtslage beim entgeltlichen Erbverzicht[7o], so kommt bei der Erbausgleichsvereinbarung im Gegensatz zum entgeltlichen

---

68) Siehe Damrau, FamRZ 1969 S. 588; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 11.

69) Vgl. auch Odersky § 1934 d Anm. V 6; Jäger, FamRZ 1971 S. 51o; siehe in diesem Zusammenhang auch Ebert S. 22: "In dem Verlangen nach Erbabfindung ist der Wille zur Leistung des Erbverzichts schon impliziert."

7o) Zum entgeltlichen Erbverzicht siehe Brox Rdn. 285, 291.

Erbverzicht aber ebenso keine rechtsgeschäftliche Einigung über den Erbverzicht zustande, wie es im Rahmen der §§ 1934 d, 1934 e auch keiner durch Einigung der Parteien begründeten schuldrechtlichen Verpflichtung zur Leistung der Abfindung bedarf. Letztere ist nämlich im Vergleich zum entgeltlichen Erbverzicht bereits "ersetzt" durch den bereits nach § 1934 d Abs. 1 bestehenden Rechtsanspruch des Kindes auf Abfindung. So gesehen normiert § 1934 d Abs. 1 ohnehin schon einen Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich in Geld; der notariellen Vereinbarung kommt - was die Ausgleichsforderung betrifft - lediglich deklaratorische Funktion zu. Was allerdings Zweifel an der Maßgeblichkeit einer solchen Betrachtungsweise erweckt, ist , daß die notarielle Vereinbarung notwendig auch konstitutive Wirkung haben kann, falls nämlich im Einzelfall die Parteien die Höhe des Anspruchs abweichend von dem in Abs. 2 normierten Berechnungsmodus festlegen. Begründet sind diese Zweifel jedoch nicht; auch schon nach herkömmlichem Verständnis sind Verträge möglich, in denen eine Partei der anderen eine Verpflichtung anerkennt, ohne daß dadurch ein neuer Schuldgrund geschaffen werden soll, selbst wenn im Einzelfall dieser "deklaratorische" Vertrag konstitutive Wirkungen zeigt[71]. Dann aber muß man von folgendem ausgehen:
Da die notarielle Vereinbarung - ebenso wie die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs - insbesondere wegen des Verfügungscharakters der Rechtsfolge des § 1934 e vor

---

71) Siehe dazu Medicus § 31 III S. 328; BGH NJW 1963 S. 2316, 2317.
Zur umstrittenen Anerkennung der "deklaratorischen" Verträge mit konstitutiver Wirkung vergl. Kübler, JZ 1968 S. 634 f; Larenz SR BT § 65 II S. 371 f.

einem voreiligen Verlangen nach Erbausgleich schützen soll, betrifft sie auch vor allem die Voraussetzungen der Wirkungen aus § 1934 e. Hinsichtlich der Ausgleichsforderung ist sie lediglich ein Feststellungsvertrag mit im Einzelfall möglicher konstitutiver Wirkung. Indem sie die Voraussetzungen für den umfassenden Erbrechtsausschluß schafft, verbindet sie die bereits kraft Gesetzes entstandene Verpflichtung und den bei der Durchsetzung des Anspruchs notwendig eintretenden Verlust des Erbrechts. Der ja schon kraft Gesetzes entstandene und auch in seiner Höhe bestimmbare Anspruch wird dabei lediglich in seiner von § 1934 d Abs. 2 geregelten, von den Parteien u. U. anders ausgehandelten Höhe festgesetzt[72].

bb. Wird somit von der Funktion der notariellen Vereinbarung im Regelungssystem der §§ 1934 d, 1934 e eine Unterscheidung zwischen Anspruch auf Abschluß einer Vereinbarung und dem erst mit dem Zustandekommen des Erbausgleichs entstehenden Zahlungsanspruch nicht gefordert, darf eine derartige dogmatische Betrachtungsweise allenfalls noch unter dem Gesichtspunkt zulässig sein, daß ein praktisches, dem Zweck des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich entsprechendes Bedürfnis zu einer solchen Differenzierung zwingt; und das kann allein - wie die folgende Überlegung zeigt - die Frage der Übertragbarkeit und Pfändbarkeit des Erbausgleichs sein, die in dieser Hinsicht Bedeutung erlangt:

Nach Wortlaut und Sinn und Zweck des Gesetzes ist das

---

72) Vgl. dazu auch Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 12, 22; Bartholomeyczik-Schlüter § 9 II 2 h S. 57; Christiansen S. 112,113; Odersky § 1934 d Anm. II 3 c und Anm. V; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 2; BGB-RGRK--Kregel § 1934 d Rdn. 2, 8.

Recht des ne. Kindes, das Ausgleichsverlangen zu stellen, höchstpersönlicher Natur[73]. Zum einen ist nämlich nach § 1934 d Abs. 1 das "ne. Kind" berechtigt, einen vorzeitigen Erbausgleich zu verlangen. Zum anderen soll das Kind in die Lage versetzt werden, zwischen dem Erbrecht nach dem Vater und dem Erbausgleich zu wählen, wobei diese Entscheidung gegen das Erbrecht als Entscheidung für einen Fortkommensbeitrag entsprechend dem Gedanken der für das ne. Kind bestimmten Starthilfe an die Person des ne. Kindes gebunden ist; und da die Übertragbarkeit von Rechten - ebenso wie die Vererblichkeit - ihre Grenze in der Personengebundenheit der in Frage stehenden Rechtsposition findet[74], folgt daraus für den Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich, daß dieser zumindest vor Geltendmachen des Erbausgleichs nicht übertragbar, nicht pfändbar (§ 851 ZPO) und auch nicht vererblich ist, weil die Höchstpersönlichkeit des Rechts, Erfüllung zu verlangen, notwendig auch die Natur des Anspruchs bestimmt. Das hieße für denjenigen, der das in § 1934 d Abs. 1 normierte Recht als von vornherein auf Zahlung gerichteten Anspruch versteht, daß eine Übertragung und Pfändung dieser Rechtsposition zumindest vor Geltendmachen des Erbausgleichs nicht in Betracht kommt. Unterscheidet man aber zwischen dem Anspruch auf Erbausgleich, bzw. gleichbedeutend dem Anspruch auf Abschluß einer Vereinbarung, und dem Zahlungsanspruch, läßt sich die Ansicht vertreten, zwar nicht der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich, aber zumindest der

---

73) Siehe auch Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 27; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 13; Lutter § 3 II 2 a S. 74; Christiansen S. 184.

74) Siehe Brox Rdn. 11; vgl. auch Erman-H.P. Westermann § 399 Rdn. 1; Staudinger-Boehmer § 1922 Rdn 149.

Zahlungsanspruch sei vor dem Zustandekommen des Erbausgleichs als zukünftiger Anspruch übertragbar und pfändbar[75].

So spricht dann auch für die Maßgeblichkeit einer Differenzierung zwischen Anspruch auf Erbausgleich und dem Zahlungsanspruch vor allem, daß die Übertragbarkeit und Pfändbarkeit des Anspruchs vor dem Zustandekommen des Erbausgleichs im Einzelfall für das ne. Kind und insbesondere für dessen Gläubiger, die durch die Pfändung dieser zukünftigen Forderung späteren Gläubigern des ne. Kindes zuvor kommen könnten, wünschenswert sein mag. Einer kritischen Überprüfung hält jedoch eine solche Betrachtungsweise nicht stand. Zwar vermag § 312 Abs. 1 die vorliegende Frage nicht zu beeinflussen[76]; dem Kind steht nämlich nach § 1934 d Abs. 1 zu Lebzeiten des Vaters ein Rechtsanspruch auf Abfindung zu, so daß die sittlichen und allgemein wirtschaftlichen Erwägungen, die dem § 312 Abs. 1 zugrunde liegen[77], nicht zutreffen. Zu bedenken ist aber zum einen, daß durch den Anspruch auf Starthilfe sicher nicht die Gläubiger des Kindes gefördert werden sollen, sondern nur das ne. Kind, das auf diese Weise den ehelichen Kindern annähernd gleiche Startbedingungen erhält. Auch ist eine Übertragung oder Pfändung des Anspruchs vor endgültiger Festsetzung des Anspruchs allenfalls bedingt sinnvoll: Macht das Kind den Erbausgleich nicht wirksam geltend, ist die Übertragung gescheitert. Eine Pfändung wäre erst dann wirkungsvoll, wenn der Gläubiger das Zustan-

---

75) So Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 14; Damrau, FamRZ 1969 S. 589; ders., FamRZ 197o S. 612; Ebert S. 26; Lutter § 3 II 3 S. 75.

76) Siehe Damrau, FamRZ 1969 S. 589; Ebert S. 27; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 14; Odersky § 1934 d Anm. IV 1 c.

77) Vgl. Mot. II S. 182 ff.

dekommen des Erbausgleichs selbst herbeiführen könnte; das Recht zur Stellung des Ausgleichsverlangens ist jedoch wegen seiner höchstpersönlichen Natur nicht pfändbar.
Zum anderen gesteht § 1934 d Abs. 4 S. 2 dem ne. Kind das Recht zu, vor Abschluß der notariellen Vereinbarung oder der Rechtskraft des Urteils das Ausgleichsverlangen zurückzunehmen. Diese Befugnis ist ebenso auf die Person des ne. Kindes bezogen wie die Berechtigung, den Erbausgleich geltend zu machen. Sie macht deutlich, daß die durch das Erfüllungsverlangen erworbene Rechtsposition zumindest so lange an die Person des Kindes gebunden ist, wie die Aktualisierung des Anspruchs durch Rücknahme des Ausgleichsverlangens wieder beseitigt werden kann. In ihr manifestiert sich die umfassende Entscheidungsfreiheit des ne. Kindes für oder gegen das Erbrecht nach dem Vater. Dann aber darf aufgrund dieser in § 1934 d Abs. 4 S. 2 zum Ausdruck kommenden Wertung doch nur davon ausgegangen werden, daß vor Zustandekommen des Erbausgleichs die gesamte Rechtsposition des ne. Kindes, also sowohl die gegenwärtige als auch die zukünftige, weder übertragbar noch pfändbar - und damit auch nicht vererblich - ist[78] [79].
Eine Aufteilung in einen gegenwärtigen Anspruch auf Erbausgleich und einen zukünftigen Anspruch auf Zahlung erscheint hier lediglich als juristischer Kunstgriff, der zu Sinn und Zweck des Gesetzes im Widerspruch steht.

---

78) So im Ergebnis auch Odersky § 1934 d Anm. IV 1 b; Christiansen S. 188;
nach Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 27; BGB-RGRK-Kregel § 1934 d Rdn. 6 soll das - insoweit von der hier vertretenen Auffassung abweichend - jedoch nur für den verhaltenen Anspruch aus § 1934 d Abs. 1, der noch nicht durch Stellung des Ausgleichsverlangens aktualisiert ist, gelten.

79) So zur Vererblichkeit des Anspruchs vor Zustandekommen des Erbausgleichs im Ergebnis auch die allgemeine Ansicht; vgl. Odersky § 1934 d Anm. IV 2; Brox Rdn. 87; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 8 c; Soergel-Siebert--Schippel § 1934 d Rdn. 7; Lutter § 3 II 2 a S. 73 f; Schramm, BWNotZ 1970 S. 14; Christiansen S. 189 ff; Kumme, ZBlJR 1974 S. 23 f; Ebert S. 26; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/1970 S. 13; Damrau, FamRZ 1969 S. 589; ders., FamRZ 1970 S. 612.

cc. Im Ergebnis ist daher, wie es schon der Wortlaut des Gesetzes und die Funktion der notariellen Vereinbarung nahelegten, der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich in folgender Weise dogmatisch zu erklären:
Der Anspruch ist zwar kein Zahlungsanspruch im herkömmlichen Sinne, da er vor dem Zustandekommen des Erbausgleichs nicht durch Zahlung erfüllt werden kann; außerdem wird erst beim Abschluß der Vereinbarung die Höhe der Ausgleichsforderung endgültig festgesetzt. Es ist jedoch nicht gerechtfertigt, das in § 1934 d Abs. 1 normierte Recht als Anspruch auf Abschluß einer Vereinbarung über den Erbausgleich zu verstehen. Die notarielle Vereinbarung soll nur die Möglichkeit einer gütlichen Vereinbarung über den Erbausgleich eröffnen; daß sie nicht erzwingbar ist, ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, wenn dort in § 1934 d Abs. 4 S. 2 der notariellen Vereinbarung ein rechtskräftiges Urteil gleichgestellt ist. Beinhaltet § 1934 d Abs. 1 aber kein Recht auf Abschluß einer Vereinbarung, dann kann der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich nur von vornherein eine - auch in der Höhe zumindest bestimmbare - Geldforderung sein, bei der die Besonderheit besteht, daß ihre Durchsetzbarkeit und Erfüllbarkeit unlösbar verknüpft sind mit dem Zustandekommen des Erbausgleichs und dem damit verbundenen Erbrechtsausschluß. Erst wenn die Wirksamkeitsvoraussetzungen des Erbausgleichs erfüllt sind, wird diese Verknüpfung gelöst, und der durch rechtskräftiges Urteil oder notarielle Vereinbarung festgesetzte Anspruch kann nunmehr wie jeder normale Zahlungsanspruch erfüllt werden. Seinem Inhalt nach ist der in § 1934 d Abs. 1 normierte Anspruch demnach ein Zahlungsanspruch, der bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 1 kraft Gesetzes

als verhaltener Anspruch entsteht, aber erst mit Wirksamkeit des Erbausgleichs erfüllungstauglich wird.

dd. Daß die Fälligkeit des Anspruchs bereits mit Stellung des Ausgleichsverlangens, also schon vor seiner Erfüllbarkeit, eintritt[8o], steht in diesem Zusammenhang einem derartigen Verständnis des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich ebenso wenig entgegen wie die Notwendigkeit der Annahme, daß für die in notarieller Vereinbarung festgesetzte Forderung nicht die Verjährungsregelung des § 1934 d Abs. 3, sondern die allgemeine Regelung des § 195 Anwendung findet[81] [82]:

(1) Was die Fälligkeit des Anspruchs betrifft, so schützt den Vater vor der Fälligkeit § 1934 d Abs. 1[83], weil das dort normierte Recht als verhaltener Anspruch zu verstehen ist; und vor dem Zustandekommen des Erbausgleichs steht dem Vater gegen den mit der Stellung des Ausgleichsverlangens fällig gewordenen Anspruch ein Leistungsverweigerungsrecht zu, das seinen Geltungsgrund, wenn es ihn nicht ohnehin wegen des vom Kind beim Erbausgleich zu erbringenden Erbverzichts im Rechtsgedanken des § 32o findet[84], so doch auf jeden Fall darin hat, daß nach §§ 1934 d, 1934 e zur Durchsetzung des Anspruchs die Herbeiführung der Wirksamkeitsvoraussetzungen des Erbausgleichs erforderlich ist.

(2) Hinsichtlich der Geltung der 3ojährigen Verjährungsfrist für den in notarieller Urkunde vereinbarten Anspruch ergeben

---

8o) Siehe oben S. 4o.

81) A. A. hinsichtlich der Verjährungsfrage Jäger, FamRZ 1971 S. 5o7 Fn. 4o.

82) § 195 kommt auf den vereinbarten Erbausgleichsanspruch allerdings nur dann zur Anwendung, wenn keine vollstreckbare Urkunde i. S. des § 218 Abs. 1 S. 2 vorliegt.

83) Siehe auch Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 1o.

84) Zur Anwendbarkeit der §§ 32o ff auf die Erbausgleichsvereinbarung siehe noch unten S. 148 f.

sich Bedenken allerdings insofern, als für den nur fälligen und den bereits erfüllbaren Anspruch unterschiedliche Verjährungsfristen zur Anwendung kommen, ohne daß eine ausdrückliche, von § 1934 d Abs. 3 abweichende Vorschrift vorhanden ist, die bei der Annahme, der Zahlungsanspruch entstehe mit der notariellen Vereinbarung, ohne weiteres gegeben wäre (§§ 198, 195)[85]. Geht man nämlich mit der hier vertretenen Ansicht davon aus, daß der Anspruch von vornherein auf Zahlung gerichtet ist und der notariellen Vereinbarung, was die Ausgleichsforderung betrifft, im System der §§ 1934 d, 1934 e vor allem deklaratorische Funktion zukommt[86], so erscheint eine Anwendung des § 198 und damit des § 195 angesichts der in § 1934 d Abs. 3 getroffenen Regelung nicht zweifelsfrei[87]. Daß § 195 - jedoch auch ohne auf § 198 zurückzugreifen - herangezogen werden muß, zeigt die folgende Überlegung:
Da für den durch die Stellung des Ausgleichsverlangens fällig gewordenen Anspruch die Verjährungsregelung des § 1934 d Abs. 3 zur Anwendung kommt, können Vater und ne. Kind ohne weiteres noch nach Ablauf der in Abs. 3 normierten Frist wirksam einen vorzeitigen Erbausgleich vereinbaren, wenn sich der Vater nicht auf die Verjährung des geltend gemachten Anspruchs beruft[88]. In einem solchen Fall hat aber die Anwendung der Verjährungsregelung des Abs. 3 auf die in dieser Weise festgesetzte Ausgleichsforderung keinen Sinn; hier anzunehmen, die Ausgleichsforderung sei verjährt, ist schon insofern nicht interessen-

---

85) Vgl. Jäger, FamRZ 1971 S. 5o7 Fn. 4o.

86) Siehe oben S. 46 ff.

87) Siehe Odersky § 1934 d Anm. IV 3 b; Jäger, FamRZ 1971 S. 5o7 Fn. 4o;
Christiansen, S. 166, 167, will daher § 1934 d Abs. 3 auch auf die vereinbarte Ausgleichsforderung anwenden.

88) Zur zwingenden Natur der in § 1934 d Abs. 1 und Abs. 3 normierten Altersgrenzen siehe insbesondere noch unten S. 1o8 ff.

gemäß, als das Kind seine Leistung in Form des Erbverzichts erbracht und der Vater sich freiwillig des ihm durch § 1934 d Abs. 3 gewährten Schutzes begeben hat. Bedenkt man daher außerdem, daß § 1934 d Abs. 4 S. 1 eine notarielle Vereinbarung und einen Rechtsstreit, bei dem ohnehin § 218 Abs. 1 S. 1 zu beachten ist, hinsichtlich der Wahl des Mittels zur Durchsetzung des Anspruchs für gleichwertig erachtet, wird man auch davon ausgehen müssen, daß das Gesetz in § 1934 d Abs. 3 nur den Anspruch vor Zustandekommen des Erbausgleichs meint[89]. Durch § 1934 d Abs. 3 wird das Interesse des Vaters an klaren Verhältnissen geschützt, und dieses Interesse entfällt nach dem Zustandekommen des Erbausgleichs, da die Entscheidung des Kindes für den Erbausgleich aufgrund der nunmehr unmöglich gewordenen Rücknahme des Ausgleichsverlangens (§ 1934 d Abs. 4 S. 2) endgültig ist. Ebenso wie sich der verhaltene Anspruch des § 1934 d Abs. 1 mit Stellung des Ausgleichsverlangens in einen fälligen, im übrigen identischen Anspruch verwandelt, wird aus dem fällig gewordenen Anspruch beim Zustandekommen des Erbausgleichs ein weiterhin fälliger, aber nunmehr in notarieller Urkunde oder in rechtskräftigem Titel auch in seiner Höhe endgültig festgesetzter Anspruch, für dessen weitere Verfolgung es einer besonderen Regelung im Rahmen der §§ 1934 d, 1934 e nicht mehr bedarf. Das Reglungssystem der §§ 1934 d, 1934 e hat mit Abschluß der notariellen Vereinbarung oder der Rechtskraft des den Erbausgleich zusprechenden Urteils seine Funktion erfüllt, die von vornherein auf "Erbausgleich in Geld" gerichtete Forderung mit den Rechtsfolgen des § 1934 e zu vereinen; die Voraussetzungen des § 1934 e sind rechtsautomatisch mit dem Zustandekommen des

89) Siehe auch Odersky § 1934 d Anm. IV 3 b.

Erbausgleichs eingetreten, die schon in § 1934 d Abs. 1 angesprochene Verpflichtung, die jetzt nach den allgemeinen Regeln verjährt, muß nunmehr noch erfüllt werden.

ee. Aber auch über die Frage der Verjährung hinaus ist die in dieser Weise festgestellte Ausgleichsforderung wegen ihrer Lösung aus dem System der §§ 1934 d, 1934 e ohne rechtliche Besonderheit[90]. Sie verliert die vor Zustandekommen des Erbausgleichs bestehende Bindung an die Person des Kindes, unterliegt den allgemeinen Grundsätzen[91] und ist deshalb insbesondere auch vererblich, übertragbar und pfändbar[92]. Dabei bestehen, was die Vererblichkeit und Übertragbarkeit betrifft, zwar insofern Bedenken, als zum einen das gesetzgeberische Ziel, dem ne. Kind eine Starthilfe i. S. eines Fortkommensbeitrages zu gewähren, nur zu Lebzeiten des Kindes verwirklicht werden kann; zum anderen vereitelt auch eine Pfändung den Zweck der Starthilfe[93]. Die Rechtsposition, die das Kind bei Zustandekommen des Erbausgleichs erlangt, läßt sich jedoch nicht isoliert unter dem Aspekt des Fortkommensbeitrages betrachten, sie wird vielmehr maßgeblich geprägt von dem bei der Durchset-

---

90) Zur Frage der entsprechenden Anwendung der §§ 2333, 2339, 23345 Abs. 2 vgl. aber noch unten S. 172 ff.

91) Daraus folgt auch, daß die festgesetzte Ausgleichsforderung beim Tode des Vaters als gewöhnliche Nachlaßverbindlichkeit anzusehen ist und daher vor Pflichtteilsansprüchen, Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen und vor Ansprüchen von Erbersatzberechtigten rangiert (vgl. § 226 KO). Zu dieser für das Kind günstigen Situation siehe Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/1970 S. 13; Christiansen S. 197; siehe dazu auch noch unten S. 141.

92) So im Ergebnis die allgemeine Ansicht; vgl. Bosch, FamRZ 1972 S. 178; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 8; Odersky § 1934 d Anm. IV 2; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 27; BGB-RGRK-Kregel § 1934 d Rdn. 6; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 7; Lutter § 3 II 3 S. 75; Schramm, BWNotZ 1970 S. 14; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/1970 S. 13; Damrau, FamRZ 1969 S. 589; Christiansen S. 194; Ebert S. 26.

93) Siehe auch Odersky § 1934 d Anm. IV 1 c.

zung des Anspruchs notwendig eintretenden Erbrechtsausschluß. Nach der Wertung der §§ 1934 d, 1934 e muß die Ausgleichsforderung als voller Ersatz für den Verlust der grds. unentziehbaren erbrechtlichen Rechtstellung nach dem Vater verstanden werden. Sie ist wesentlicher Bestandteil des Erbrechts nach dem Vater[94], so daß der Erbfall durch die §§ 1934 d, 1934 e gleichsam auf den Zeitpunkt des Zustandekommens des Erbausgleichs vorverlegt wird. Das ne. Kind erlangt also nach dem Zweck des Gesetzes mit Wirksamkeit des Erbausgleichs wertungsmäßig die Rechtsposition, die es beim Erbfall nach dem Vater erlangt hätte. Dann aber ist die Ausgleichsforderung nach Zustandekommen des Erbausgleichs ebenso wenig höchstpersönlicher Natur, wie ein Pflichtteils-, Erbersatz- oder Erbschaftsanspruch es beim Erbfall nach dem Vater gewesen wäre.

VI. Als Ergebnis der Analyse des Entstehungstatbestandes des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich läßt sich somit zusammenfassend folgendes festhalten:

Unter den Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 1 erwirbt das ne. Kind kraft Gesetzes einen verhaltenen, von vornherein auf Zahlung des Erbausgleichs gerichteten Anspruch, der mit Vollendung des 27. Lebensjahres wieder erlischt, falls das Kind nicht innerhalb der Frist des Abs. 1 Erfüllung des Anspruchs verlangt. Hat das Kind das Ausgleichsverlangen gestellt, verwandelt sich der verhaltene Anspruch in einen fälligen Anspruch, auf den die Verjährungsregelung des § 1934 d Abs. 3 Anwendung findet, so daß sich das Kind mit der Durchsetzung des Anspruchs noch zumindest bis zur Vollendung des 3o. Lebensjahres Zeit lassen kann. Die in dieser

---

94) Siehe dazu im einzelnen schon oben S. 15 ff.

Weise aktualisierte Rechtsposition ist ebenso wie der verhaltene Anspruch des § 1934 d Abs. 1 höchstpersönlicher Natur und daher unvererblich und unübertragbar. Bemüht sich dann das Kind um Durchsetzung des Anspruchs, so muß es entweder mit dem Vater eine den gesetzlichen Wirksamkeitserfordernissen entsprechende Vereinbarung über den vorzeitigen Erbausgleich herbeiführen, oder den Anspruch klageweise geltend machen, der dabei in notarieller Urkunde oder im rechtskräftigen Titel endgültig festgesetzt wird und nunmehr den allgemeinen Grundsätzen unterliegt.

3. Kapitel: Die Höhe der Ausgleichsforderung

In welcher Höhe dem ne. Kind der gesetzliche Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich zusteht, regelt das Gesetz in § 1934 d Abs. 2. Dabei enthält Abs. 2 S. 1 die Normierung eines Regelausgleichsbetrages, während in Abs. 2 S. 2 innerhalb bestimmter Grenzen Abweichungen von diesem Regelbetrag vorgesehen sind. Dürfen bei gerichtlicher Entscheidung diese Grenzen weder nach oben noch nach unten hin überschritten werden, so sind im Rahmen einer gütlichen Vereinbarung über den Erbausgleich die Parteien nicht gehindert, die Höhe der Ausgleichsforderung abweichend von § 1934 d Abs. 2 S. 1, S. 2 zu bestimmen und auf diese Weise das Zustandekommen des Erbausgleichs herbeizuführen[1]. Wichtig ist hier für die Erfüllung der Voraussetzungen der Rechtsfolgereglung des § 1934 e allein, daß in der notariellen Vereinbarung die Ausgleichsforderung - gleich in welcher Höhe - endgültig festgesetzt wird; dies muß selbst dann gelten, wenn die vereinbarte Höhe die in § 1934 d Abs. 2 S. 2 normierte Mindestgrenze unterschreitet[2]. Zwar bleibt in einem solchen Fall von der Funktion der Ausgleichszahlung als Starthilfe nicht viel übrig, das Kind hat seine Leistung in Form des Erbverzichts erbracht, ohne u. U. das Äquivalent dafür zu erhalten[3]; das Gesetz macht das Zustandekommen des Erbausgleichs aber ohnehin nicht von der Erfüllung der Forderung abhängig, und kein

---

1) Siehe Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 22; BGB-RGRK-Kregel § 1934 d Rdn. 8; Odersky § 1934 d Anm. III 2 c; Brüggeman, ZBlJR 1969 S. 313.

2) A. A. Odersky § 1934 d Anm. III 2 c.

3) Zum dem vorzeitigen Erbausgleich zugrunde liegenden Äquivalenzgedanken siehe insbesondere noch unten S. 145 ff.

Gläubiger kann gezwungen werden, für seine Leistung auch eine gleichwertige Gegenleistung zu verlangen.

A. Der Regelausgleichsbetrag nach § 1934 d Abs. 2 S. 1

Nach § 1934 d Abs. 2 S. 1 beläuft sich der Regelausgleichsbetrag auf das Dreifache des Unterhalts, den der Vater dem Kind im Durchschnitt der letzten fünf Jahre, in denen es voll unterhaltsbedürftig war, jährlich zu leisten hatte[4].

I. Zu dieser Regelung ist klarstellend im einzelnen folgendes auszuführen:
Inwieweit der Vater zur Unterhaltszahlung verpflichtet ist, richtet sich grds. nach §§ 1615 a, 16o2, 16o3, 1615 c, 1615 f[5]. Als "letzte fünf Jahre" i. S. des Abs. 2 S. 1 ist die Zeit gemeint, die vor dem Zeitpunkt des Zugangs des an den Vater gerichteten Ausgleichsverlangens liegt[6]. Dies ergibt sich aus dem Zusammenhang von § 1934 d Abs. 1 und Abs. 2, denn in Abs. 1 ist ein verhaltener Anspruch auf Erbausgleich in Geld normiert, der mit dem Verlangen nach Erfüllung fällig wird. Da nach § 1615 f Abs. 1 die Unterhaltspflicht des Vaters grds. bis zum 18. Lebensjahr besteht, wird häufig die Zeit vom 14. bis zum 18. Lebens-

---

4) Diese Regelung geht auf den Vorschlag von Bosch, FamRZ 1968 S. 629 zurück.
Vgl. zur Berechnung des Erbausgleichs auch die Beispiele bei Lutter § 3 III 1 S. 76 f.

5) Vgl. dazu auch die RegelunterunterhaltsVO vom 27. 6. 197o BGBl. I S. 1o1o; geändert durch VO vom 13. 6. 1972 und abgelöst durch die RegelbedarfsVO vom 15. 3. 1974 BGBl. I 748 (abgedruckt bei Palandt-Lauterbach Anhang zu §§ 1615 f, 1615 g).

6) Siehe Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 28; Odersky § 1934 d Anm. III 1 b; BGB-RGRK-Kregel § 1934 d Rdn. 7; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 3 a;
a. A. Christiansen S. 244 (Zeitpunkt der Klageerhebung); KG FamRZ 1973 S. 51, 52 (Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung).

jahr maßgeblich sein[7]. Hatte der Vater jedoch noch länger vollen Unterhalt zu zahlen gehabt, oder ist das Kind zur Zeit des Ausgleichsverlangens noch voll unterhaltsbedürftig, gilt als Berechnungsgrundlage für den Erbausgleichsbetrag die Zeit bis zum Geltendmachen des Erfüllungsverlangens.

Wenn es in der gesetzlichen Regelung weiterhin heißt: "letzte fünf Jahre, in denen das Kind voll unterhaltsbedürftig war", so folgt daraus, daß zum einen solche Zeiträume nicht zu berücksichtigen sind, in denen etwa die Voraussetzungen der §§ 1708 a. F., 1615 h n. F. vorlagen[8], andererseits der gesetzlich normierte Zeitraum aber auch nicht zusammenhängend zu sein braucht[9].
Schließlich kommt es für die Berechnung der Ausgleichsforderung lediglich darauf an, was der Vater als Unterhalt "zu leisten hatte". Es bleibt also insofern gleich, ob und in welcher Höhe er Unterhalt gezahlt hat; entscheidend ist allein der geschuldete, d. h. der objektive Unterhalt[10].

II. Die Regelung des § 1934 d Abs. 2 S. 1 ist somit grds. unproblematisch. Vor dem 1. 1. 1977, dem Tage des Inkrafttretens des neuen Adoptionsrechts, herrschte jedoch im Schrifttum darüber Streit, welcher Berechnungsmaßstab zugrunde zu legen sei, wenn das Kind sofort nach der Geburt

---

7) Vgl. Lutter § 3 III 1 b S. 76; Brox Rdn. 86; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 3 a.

8) Siehe auch Odersky § 1934 d Anm. III 1 b; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 28; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 3 a.

Christiansen, S. 24o f, will allein die Bestimmungen des NEG zugrunde legen und § 1708 a. F. nicht mehr berücksichtigen. Da nur der objektiv geschuldete Unterhalt maßgeblich ist, muß jedoch - soweit erforderlich - auch § 1708 a. F. herangezogen werden.

9) Siehe Lutter § 3 III 1 b S. 76; Odersky § 1934 d Anm. III 1 b; Christiansen S. 244.

1o) Siehe Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 16; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 3 a; Christiansen S. 24o; Körting, NJW 197o S. 1526; Odersky § 1934 d Anm. III 1 c.

oder im Kleinkindalter von einem Dritten adoptiert worden war. In einem solchen Fall versagte der in § 1934 d Abs. 2 S. 1 festgelegte Berechnungsmodus; denn der Maßstab der letzten fünf unterhaltspflichtigen Jahre war nicht brauchbar, wenn nach § 1766 a. F. keine Leistungspflicht des Vaters mehr bestand.
Durch das "Gesetz über die Annahme als Kind und zur Änderung anderer Vorschriften (Adoptionsgesetz)"[11] hat sich dieses Problem nun weitgehend erledigt. Nach neuem Recht steht nämlich dem im Kleinkindalter adoptierten ne. Kind normalerweise kein vorzeitiger Erbausgleich mehr zu. Vielmehr ist für die Annahme eines Minderjährigen die sog. Volladoption vorgesehen: Das Kind wird durch die Adoption wie ein leibliches Kind ohne Einschränkung in die Familie des Annehmenden eingegliedert; zugleich erlischt das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes und seiner Abkömmlinge zu den bisherigen Verwandten mit allen sich aus ihm ergebenden Rechten und Pflichten[12].

Gleichwohl sind die bisherigen Erörterungen zur Frage der Berechnung des vorzeitigen Erbausgleichs bei einer Adoption im Kleinkindalter für das geltende Recht nicht völlig überflüssig geworden. Zum einen werden nach Art. 12 § 1 des Adoptionsgesetzes vom 2. 7. 1976 auf das Annahmeverhältnis die Vorschriften über die Annahme Volljähriger angewandt, wenn der nach den bisher geltenden Vorschriften an Kindes Statt Angenommene im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Adoptionsgesetzes volljährig ist. Zum anderen gelten ab 1. 1. 1978[13] die Vorschriften über die Annahme Volljähriger

---

11) BGBl. 1976 I S. 1749.

12) Vgl. insbesondere §§ 1754 - 1756.

13) Bis zum 31. 12. 1977 ist hier nach Art. 12 § 2 Abs. 1 des Adoptionsgesetzes des alte Recht maßgeblich.

ebenfalls, wenn bei Inkrafttreten des neuen Rechts das Kind zwar minderjährig ist, aber ein Annehmender, das Kind, ein leiblicher Elternteil eines ehelichen oder die Mutter eines ne. Kindes bis zum 31. 12. 1977 gegenüber dem Amtsgericht Berlin-Schöneberg erklärt, daß die neuen Vorschriften über die Annahme Minderjähriger nicht angewandt werden sollen (Art. 12 § 2 Abs. 1, 2, 3 Adoptionsgesetz). Für diese Fälle kommen daher die §§ 1767 ff zur Anwendung, die die Wirkungen der Adoption im wesentlichen den Vorschriften des alten Adoptionsrechts entsprechend regeln[14]. Insbesondere behält der Angenommene nach § 1770 Abs. 2 - ebenso wie nach § 1764 a. F. - grds. die Ansprüche, die sich aus dem Verwandtschaftsverhältnis des Angenommenen zu seinen Verwandten ergeben. Ein von einem Dritten adoptiertes ne. Kind kann also auch nach geltendem Recht unter diesen be-

---

14) Vgl. dazu auch Engler, FamRZ 1976 S. 592.

sonderen Voraussetzungen einen vorzeitigen Erbausgleich verlangen. Dabei stellt sich dann hier ebenso wie im bis zum 31. 12. 1976 geltenden Recht die Frage nach dem Berechnungsmaßstab für die Ausgleichsforderung, wenn das Kind sofort nach der Geburt oder im Kleinkindalter adoptiert worden ist.

Dazu wird - insoweit allerdings noch zur alten Rechtslage - einerseits ausgeführt, es sei der fiktive Unterhalt zugrunde zu legen, also der Unterhalt, den der Vater im Durchschnitt der letzten fünf Jahre zu leisten gehabt hätte, in denen das Kind voll unterhaltsbedürftig gewesen wäre[14a]. Andererseits soll die Höhe des Unterhalts maßgeblich sein, der im "Regelfall" zu leisten gewesen wäre[14b]; schließlich wird behauptet, daß auf den Unterhalt abzustellen sei, den der Vater bis zur Adoption zu leisten hatte[14c].

2. Stellungnahme:

a. Auszugehen ist zum einen von § 1770 Abs. 2, nach dem Rechte und Pflichten, die sich aus dem Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Kind und seinem Vater ergeben, durch die Annahme an Kindes Statt grds. nicht berührt werden; d. h. das ne. Kind muß dem natürlichen Vater gegenüber so behandelt werden, als wenn es nicht adoptiert worden wäre. Zum anderen ergibt sich aus § 1934 d Abs. 2 S. 1 eindeutig, daß der Berechnungsmaßstab des Regelausgleichsbetrags im Fall der Adoption im Kleinkindalter versagt: Dort stellt das Gesetz einen repräsentativen Querschnitt als Berechnungsgrundlage auf, der die letzten fünf voll unterhaltspflichtigen Jahre umfaßt. Allerdings kann § 1934 d Abs. 2 S. 1 entnommen werden, daß für den Normalfall

---

14a) Knur, FamRZ 1970 S. 279; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 28; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 3 a; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 14; BGB-RGRK--Kregel § 1934 d Rdn. 7; Lutter § 3 XI 2 b S. 95.

14b) Firsching, DNotZ 1970 S. 534.

14c) Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/1970 S. 16; Christiansen S. 247; Odersky § 1934 d Anm. III 1 d.

der objektive, also der geschuldete Unterhalt heranzuziehen ist. Dieser Grundsatz läßt sich im Fall einer frühzeitigen Adoption insofern verwirklichen, als man bei der Berechnung des Ausgleichsbetrages auf die Zeit bis zur Annahme an Kindes Statt abstellt; die Unterhaltspflicht wird in jedem Fall zunächst zur Zeit der Geburt bestanden haben[15]. Wer hieraus aber die Konsequenz ziehen will, allein der bis zur Adoption geschuldete Unterhalt sei die gebotene Berechnungsgrundlage[16], kann zwar für sich beanspruchen, daß es durchaus angebracht ist, das adoptierte Kind mit einem geringeren Betrag abzufinden; denn das Recht des ne. Kindes, trotz der Adoption in früher Kindheit einen vorzeitigen Erbausgleich zu verlangen, ist eine rechtspolitisch verfehlte Regelung[17]. Er muß sich jedoch die Wertung des § 1770 Abs. 2 entgegenhalten lassen, nach der das Kind gerade auch in erbrechtlicher Hinsicht dem Vater gegenüber so zu behandeln ist, als wenn es nicht adoptiert worden wäre. Stellt man allein auf letzteres ab, so dürfte - da das ne. Kind im Rahmen der §§ 1934 d, 1934 e für sein Erb- und Pflichtteilsrecht abgefunden wird - die Adoption auf den Erbausgleich ebenso keinen Einfluß haben, wie sie auch für das Erbrecht des Kindes ohne Einfluß wäre[18]. Für die Höhe des Erbausgleichs könnte also nur eine Fiktion maßgeblich sein, nach der die Abfindung wie folgt berechnet werden müßte: Der Ausgleichsbetrag beläuft sich auf das Dreifache des Jahresunterhalts, den der Vater im Durchschnitt der letzten fünf Jahre, in denen das

---

15) Vgl. Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/1970 S. 16; Odersky § 1934 d Anm. III 1 d; Christiansen S. 247.

16) So Johannsen, Odersky, Christiansen aaO (Fn. 16).

17) Vgl. dazu Engler, FamRZ 1970 S. 122.

18) Siehe Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 28.

Kind voll unterhaltsbedürftig war, ohne die Regelung der §§ 1766 a. F., 177o Abs. 3 zu leisten gehabt hätte[19]. Da der geschuldete Unterhalt regelmäßig im Laufe der Jahre ansteigt, wäre dies für das adoptierte Kind eine besonders günstige Lösung[2o], die auch nicht ohne weiteres nach § 1934 d Abs. 2 S. 2 korrigiert werden könnte; denn die Voraussetzungen des Abs. 2 S. 2 werden nicht in allen Fällen erfüllt sein[21].

b. Jeder der beiden aufgezeigten Lösungsversuche begegnet Bedenken; der erste, weil er die Wertung des § 177o Abs. 2 außer acht läßt, der zweite aufgrund der folgenden Überlegung:
Wurde das Kind nicht sofort nach der Geburt oder im Kleinkindalter adoptiert, sondern erst zu einer Zeit, als der natürliche Vater bereits fünf oder mehr Jahre dem voll unterhaltsbedürftigen Kind Unterhalt zu leisten hatte, liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 2 S. 1 vor, und der Ausgleichsbetrag kann ohne weiteres anhand dieser Regelung berechnet werden. Beachtet man in einem solchen Fall aber die Wertung des § 177o Abs. 2, so müßte § 1934 d Abs. 2 S. 1 trotz Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen dahin korrigiert werden, daß derjenige Unterhalt als Berechnungsgrundlage heranzuziehen ist, den der Vater in den letzten fünf Jahren vor Geltendmachen des Erbausgleichs dem voll unterhaltsbedürftigen Kind geschuldet hätte, wenn es nicht adoptiert worden wäre. Einem derartigen Verständnis steht jedoch entgegen, daß § 1934 d Abs. 2 S. 1

---

19) So Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 28; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 14; Knur, FamRZ 197o S. 279; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 3 a.

2o) Siehe dazu auch Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 16; Christiansen S. 248; vgl. auch § 1 der VO zur Berechnung des Regelunterhalts, abgedruckt bei Palandt-Lauterbach Anhang §§ 1615 f, 1615 g (nähere Angaben zur VO siehe oben S. 6o Fn. 5).

21) A.A. offenbar Lutter § 3 XI 2 b S. 95.
Zu den Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 2 S. 2 vgl. im einzelnen noch unten S. 68 ff.

ausdrücklich den Unterhalt, den der Vater "zu leisten hatte", als Berechnungsgrundlage normiert. Das paßt genau für den Fall einer Adoption, die erst nach fünfjähriger Unterhaltspflicht des Vaters erfolgt; die Frage nach einer anderen Berechnungsweise ist somit gar nicht erforderlich. Wird daher in einem solchen Fall trotz der später erfolgten Adoption der Erbausgleich nach § 1934 d Abs. 2 S. 1 berechnet, so folgt daraus aber gleichzeitig, daß die Wertung des § 177o Abs. 2 nur insoweit Geltung zu beanspruchen vermag, als die Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 2 S. 1 nicht vorliegen, d. h. kein Unterhalt geschuldet wurde; dann erst zwingt sie dazu, von einem fiktiven Unterhalt als Berechnungsmaßstab auszugehen.

c. Unter Berücksichtigung dieser Überlegung hat nun folgendes zu gelten:

Wurde das Kind von einem Dritten zu einer Zeit adoptiert, als der natürliche Vater dem voll unterhaltsbedürftigen Kind schon fünf oder mehr Jahre Unterhalt schuldete, richtet sich die Berechnung des Ausgleichsbetrages nach § 1934 d Abs. 2 S. 1, dessen tatbestandliche Voraussetzungen in diesem Fall erfüllt sind.
Erfolgte die Annahme an Kindes Statt dagegen bereits sofort nach der Geburt oder im Kleinkindalter, schuldete der Vater zumindest bis zur Adoption Unterhalt. Dann muß aber auch zunächst diese Zeit der objektiven Unterhaltspflicht mit in die Berechnungsgrundlage aufgenommen werden; das ergibt sich aus dem Gedanken des § 1934 d Abs. 2 S. 1, nach dem grds. der geschuldete Unterhalt maßgeblich ist. Darüber hinaus jedoch kommt die Wertung des § 177o Abs. 2 zur Geltung, d. h. der für die Berechnung des Ausgleichsbetrages bis zur Grenze von fünf unterhaltspflichtigen Jahren noch fehlende Unterhalt wird anhand einer Fiktion ermittelt. Fingiert wird dabei aber nicht der Unterhalt, der durch

den Wortlaut des § 1934 d Abs. 2 S. 1 nahegelegt wird. Das bedeutete nämlich, daß sich der Ausgleichsbetrag im Fall der Adoption sofort nach der Geburt auf das Dreifache des Unterhalts belaufen würde, den der Vater dem Kind "im Durchschnitt der letzten fünf Jahre vor Geltendmachen des Erbausgleichs" ohne die §§ 1766 a.F., 1770 Abs. 3 zu leisten gehabt hätte. Ein Kind, das erst im Alter von fünf Jahren adoptiert wurde, stünde demnach schlechter als ein sofort nach der Geburt adoptiertes Kind, dessen Ausgleichsbetrag im Regelfall anhand des vom 14. bis zum 18. Lebensjahr zu leistenden und daher höheren[22] Unterhalts berechnet würde. Für diese Benachteiligung ist aber nicht nur kein Grund ersichtlich, ihr steht auch entgegen, daß der Zeitpunkt der Adoption den Erbausgleichsbetrag grds. in der Weise beeinflußt, daß die Abfindungssumme im Regelfall höher ist, wenn das Kind zu einer späteren Zeit an Kindes Statt angenommen wird[23]. Maßgeblich für die Berechnung des Ausgleichsbetrages muß daher die Fiktion des Unterhalts sein, der vom Zeitpunkt der Adoption an bis zur Grenze von fünf Jahren voller Unterhaltspflicht - der Zeitraum des objektiv geschuldeten Unterhalts bis zur Adoption mitgerechnet - ohne die Regelung der §§ 1766 a. F., 1770 Abs. 3 zu leisten gewesen wäre.

d. Faßt man das Ergebnis der Untersuchung zusammen, läßt sich folgendes festhalten:
Wurde das Kind sofort nach der Geburt oder im Kleinkindalter von einem Dritten adoptiert, setzt sich der zur Berechnung

---

22) Vgl. hierzu die Abstufung des Unterhalts nach dem jeweiligen Alter des Kindes in § 1 RegelunterhaltsVO (abgedruckt bei Palandt-Lauterbach §§ 1615 f, 1615 g).

23) Das ergibt sich aus §§ 1934 d Abs. 2 S. 1, 1770 Abs. 2 i. V. mit § 1615 f und der RegelunterhaltsVO: Beim erst im jugendlichen Alter adoptierten Kind beläuft sich der im Durchschnitt der letzten fünf Jahre geschuldete Unterhalt regelmäßig auf einen höheren Betrag als der einem sechsjährigen Kind geschuldete Unterhalt.

der Ausgleichsforderung maßgebliche Unterhalt zusammen zum einen aus dem bis zur Adoption geschuldeten Unterhalt und zum anderen aus dem fiktiven Unterhalt, der vom Zeitpunkt der Adoption an bis zur Grenze von fünf Jahren voller Unterhaltspflicht - der Zeitraum des bis zur Adoption objektiv geschuldeten Unterhalts hierbei mitgerechnet - ohne die §§ 1766 a.F., 1770 Abs. 3 zu leisten gewesen wäre. Ein Ergebnis, kompliziert in der Begründung, praktikabel jedoch für die Praxis - im Normalfall dient der in den ersten fünf Lebensjahren zu zahlende Regelunterhalt als Berechnungsgrundlage der Ausgleichsforderung.

B. Abweichungen vom Regelausgleichsbetrag - die Regelung des § 1934 d Abs. 2 S. 2

Eine Abweichung vom Regelausgleichsbetrag ist nach § 1934 d Abs. 2 S. 2 in zweifacher Hinsicht möglich. Wenn dem Vater aufgrund seiner Erwerbs- und Vermögensverhältnisse unter Berücksichtigung seiner anderen Verpflichtungen eine Erbausgleichszahlung in der nach Abs. 2 S. 1 zu berechnenden Höhe nicht zuzumuten ist, vermindert sich der Erbausgleichsbetrag auf das den Umständen nach Angemessene, nach unten hin aber begrenzt auf das Einfache des in Abs. 2 S. 1 bezeichneten Unterhalts. Ist dagegen bei Berücksichtung der eben genannten Umstände der Regelbetrag für das ne. Kind als Erbausgleich unangemessen gering, erhöht sich der Ausgleichsbetrag, und zwar ebenfalls auf das Angemessene, das jedoch nach oben hin begrenzt wird durch das Zwölffache des Regelausgleichsbetrages.

I. Sinn und Zweck einer derartigen Regelung ist es, den Besonderheiten des Einzelfalles in weiterem Maße Rechnung zu tragen. Es liegt auf der Hand, daß der in Abs. 2 S. 1 fest-

gesetzte, starre Berechnungsmodus leicht sowohl für den Vater als auch für das ne. Kind zu Unbilligkeiten führen kann. Denn einerseits besteht der Anspruch aus § 1934 d Abs. 1 ohne Rücksicht darauf, ob der Vater vermögend ist oder nicht; und auf der anderen Seite kann für ein auf die Starthilfe angewiesenes Kind die Berechnung des Regelausgleichsbetrages nach Abs. 2 S. 1 angesichts des großen Vermögens des Vaters dem Gedanken widersprechen, daß die Abfindung als Ersatz für den Verlust des Erb- und Pflichtteilsrechts nach dem Vater gezahlt werden soll.

II. Schwierigkeiten bereitet die Regelung des Abs. 2 S. 2 aber insofern, als es aufgrund der weitgefaßten Tatbestandsmerkmale Kriterien aufzustellen gilt, die der richterlichen Entscheidung zugrunde zu legen sind.

Im Rahmen der jeweiligen Einzelfallentscheidung ist zunächst immer zu bedenken, daß Abs. 2 S. 1 für den Normalfall einen Regelausgleichsbetrag normiert und infolgedessen dieser Betrag grds. als für das Kind als Erbausgleich angemessen und für den Vater zumutbar anzusehen ist[24]. Dabei ist dann im weiteren von den Tatbestandsmerkmalen, die die für eine Abweichung von diesem Regelausgleichsbetrag als maßgeblich heranzuziehenden Gesichtspunkte näher konkretisieren, auszugehen; und da sind es primär die Erwerbs- und Vermögensverhaltnisse des Vaters, die die Berechnung der Abfindungssumme beeinflussen. Es müssen also sowohl das laufende Einkommen als auch der Wert des väterlichen Vermögens eine Abweichung rechtfertigen[25]. Hier ist nicht nur die voraussichtliche Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse

---

24) So richtig Lutter § 3 III 2 c S. 78.

25) Siehe dazu LG Braunschweig FamRZ 1972 S. 147; KG FamRZ 1973 S. 51, 52; OLG Oldenburg FamRZ 1973 S. 55o, 551.

des Vaters mit einzubeziehen[26], sondern auch seine "anderen Verpflichtungen" dürfen nicht unberücksichtigt bleiben, d. h. vor allem die Verpflichtung, anderen Abkömmlingen sowie dem Ehegatten Unterhalt zu leisten[27]. Ansonsten gestalten sich die nach § 1934 d Abs. 2 S. 2 zusätzlich zu beachtenden Kriterien unterschiedlich, je nachdem ob eine Abweichung vom Regelbetrag zugunsten oder zu Lasten des Kindes in Frage steht.

1. Eine Abweichung vom Regelausgleichsbetrag zugunsten des Kindes ist nach Abs. 2 S. 2 dann gerechtfertigt, wenn unter Berücksichtigung der eben genannten Umstände der Regelbetrag für das Kind "als Erbausgleich unangemessen gering" angesehen werden muß; es ist also eine objektive Betrachtung der Verhältnisse des Einzelfalls geboten.

a. In diesem Zusammenhang wird die Auffassung vertreten[28], eine Unangemessenheit des Regelausgleichsbetrages könne nur in Betracht kommen, wenn sich die Besitzverhältnisse des Vaters zwischen dem letzten Jahr der vollen Unterhaltsleistung und dem Zeitpunkt des vorzeitigen Erbausgleichs beträchtlich verbessert haben. § 1934 d Abs. 2 müsse so verstanden werden, daß das Dreifache des durchschnittlichen Jahresunterhalts - also der Regelbetrag nach Abs. 2 S. 1 - regelmäßig den Vermögensverhältnissen des Vaters angepaßt sei, weil die Höhe des Unterhalts als Bemessungsgrundlage sich schon nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Vaters richte. Dieser habe einen höheren als den Re-

---

26) Vgl. Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 29; Odersky § 1934 d Anm. III 2 b; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 3 b aa; auch LG Braunschweig FamRZ 1972 S. 147, 148 berücksichtigt den in Zukunft zu erwartenden Verdienst des Vaters.

27) Vgl. Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 17; Christiansen S. 254.

28) Damrau, FamRZ 1969 S. 589.

gelunterhalt zu leisten, wenn sein Einkommen und Vermögen normale Verhältnisse übersteigen.
Dem ist jedoch zum einen entgegenzuhalten, daß maßgebend für die Höhe des Unterhalts nicht allein die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Vaters sind; vielmehr wird der Unterhalt auch beeinflußt von den Verhältnissen der Mutter und dem Bedarf des Kindes. Wenn sich der Unterhalt nach § 1615 c nach der Lebensstellung beider Eltern bemißt, kann er daher geringer sein, als wenn allein auf die väterlichen Verhältnisse abzustellen wäre[29]; und zum anderen läßt die gesetzliche Regelung eine Abweichung vom Regelunterhalt nach oben hin bis zum Zwölffachen des durchschnittlichen Jahresunterhalts zu. Eine derartige Abweichung wird aber niemals in Betracht kommen, wenn nur solche Veränderungen in den Verhältnissen des Vaters zu beachten wären, die seit der letzten vollen Unterhaltszahlung eingetreten sind. Daß sich das Vermögen oder das Einkommen des Vaters in diesem doch meist recht kurzen Zeitraum derartig verändert, um eine solche Abweichung zu rechtfertigen, erscheint kaum denkbar[30].

b. Darf daher eine Verbesserung der Vermögensverhältnisse des Vaters seit Zahlung des letzten Unterhalts nicht Voraussetzung, sondern lediglich Indiz für eine Unangemessenheit des in Abs. 2 S. 1 normierten Ausgleichsbetrages sein, läßt sich für die nach Abs. 2 S. 2 zu treffende Entscheidung über eine Abweichung zugunsten des Kindes wegen ihrer notwendig einzelfallbezogenen Natur im Rahmen dieser Abhandlung nur folgendes anmerken:

---

29) Siehe Lutter § 3 III 2 d S. 8o; Odersky § 1934 d Anm. III 2 b; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 17; Christiansen S. 253; LG Braunschweig FamRZ 1972 S. 147.

3o) So richtig LG Braunschweig FamRZ 1972 S. 147, 148.

Das Gesetz stellt darauf ab, ob unter Berücksichtigung der Erwerbs- und Vermögensverhältnisse des Vaters bei Beachtung seiner sonstigen Verpflichtungen der Regelausgleichsbetrag für das Kind "als Erbausgleich" unangemessen gering ist. Nach dem Sinn und Zweck des Erbausgleichs sind daher im Rahmen der Entscheidung über die Höhe der Ausgleichssumme die wirtschaftlichen Verhältnisse des Vaters und ihre voraussichtliche Entwicklung zur Zeit des Erbausgleichs einerseits unter dem Aspekt zu betrachten, daß die Abfindung Starthilfe zur Schaffung einer selbständigen Lebensstellung sein soll; die wirtschaftliche Situation des Kindes und das Bedürfnis nach Starthilfe werden deshalb mit zur Entscheidung heranzuziehen sein[31]. Andererseits soll das Kind mit dem Erbausgleich abgefunden und eine vorweggenommene Erbfolge herbeigeführt werden; insofern ermöglicht Abs. 2 S. 2 dem Richter also in gewisser Weise eine Korrektur der aus Praktikabilitätsgründen geschaffenen Regelung des Abs. 2 S. 1 durch Berücksichtigung der potentiellen erbrechtlichen Situation - der Erbausgleich muß in angemessener Relation zu dem stehen, was das Kind als Nachlaßbeteiligung beim Tode des Vaters voraussichtlich erwarten kann[32].

2. Eine Abweichung vom Regelausgleichsbetrag zugunsten des Vaters setzt nach Abs. 2 S. 2 voraus, daß unter Berücksichtigung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse des Vaters diesem eine Zahlung in der Regelhöhe "nicht zumutbar" ist. Im Gegensatz zur Abweichung zugunsten des Kindes ist daher hier bei der Feststellung, was im Einzelfall noch zumutbar ist, eine subjektive Betrachtungsweise geboten[33]. Dabei

---

31) Siehe Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rd. 29.

32) Vgl. dazu auch LG Braunschweig FamRZ 1972 S. 147, 148; OLG Oldenburg FamRZ 1973 S. 55o, 551; Lutter § 3 III 2 c S. 79.

33) So richtig Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 17.

wird im allgemeinen davon ausgegangen, daß dem Vater in der Regel ein über den Wert des zu erwartenden Erbteils hinausgehender Betrag nicht zuzumuten sei[34]. Dem ist grds. zuzustimmen, da die Ausgleichszahlungen als Erbabfindung anzusehen sind und der Vater auf diese Weise schon zu Lebzeiten zwangsbeerbt wird ohne Rücksicht darauf, ob überhaupt ein nennenswerter Nachlaß erwartet werden kann. Allerdings muß bei Abweichungen zugunsten des Vaters - abgesehen davon, daß auf jeden Fall das Einfache des in Abs. 2 S. 1 bezeichneten Unterhalts zu zahlen ist - zweierlei berücksichtigt werden: Einmal unterscheidet das Gesetz zwischen "nicht zumutbar" und "dem den Umständen nach Angemessenen" - es kann durchaus im Einzelfall etwas zumutbar sein, was nicht mehr angemessen ist[35]; hier wirkt sich also die gebotene subjektive Betrachtungsweise aus. Zum zweiten ist zu bedenken, daß nach Abs. 2 S. 2 das laufende Einkommen auf die Berechnung der Ausgleichsforderung Einfluß nimmt und § 1934 d Abs. 5 eine Stundungsmöglichkeit vorsieht[36]. Demnach ist der nach Abs. 2 S. 1 zu zahlende Regelausgleichsbetrag u. U. auch dann zumutbar, wenn der Vater zwar kein Vermögen hat, der Erbausgleich aber aus dem laufenden Einkommen des Vaters z. B. in monatlichen Raten gezahlt werden kann[37]. Ansonsten läßt sich - wie auch schon oben bei der Frage der Abweichung vom Regelbetrag zugunsten des Kindes - in vorliegendem Zusammenhang nur darauf hinweisen, daß die Ermittlung des angemessenen Ausgleichsbetrages wegen des durch unbestimmte Rechtsbegriffe umschriebenen Tatbestandes ganz von den Besonderheiten des Einzelfalles geprägt sein muß, die eine Aufstellung sonstiger, allgemein gültiger Kriterien unmöglich machen.

---

34) Vgl. Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 16; Lutter §3III 2 d S. 79; Odersky § 1934 d Anm. III 2 a.

35) Vgl. Damrau, FamRZ 1969 S. 589.

36) Zu § 1934 d Abs. 5 siehe im einzelnen noch unten S. 195 ff.

37) Siehe KG FamRZ 1973 S. 51, 52.

4. Kapitel: Geltendmachen und Rücknahme des Ausgleichsverlangens

A. Die systematische Einordnung des Geltendmachens und der Rücknahme des Ausgleichsverlangens; die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen

Im Regelungssystem der §§ 1934 d, 1934 e kommt dem Ausgleichsverlangen des ne. Kindes besondere Bedeutung zu. Nicht nur, daß die Stellung des Ausgleichsverlangens erforderlich ist, um den verhaltenen Anspruch des § 1934 d Abs. 1 in einen jederzeit zu erfüllenden Anspruch zu verwandeln, auf den dann die Verjährungsregelung des Abs. 3 Anwendung findet[1]; das Kind, das sich für den Erbausgleich entschieden und diesen Entschluß dem Vater mitgeteilt hat, ist nach § 1934 d Abs. 4 S. 2 auch in die Lage versetzt, seine Entscheidung für den Erbausgleich bis zum Zustandekommen desselben zu widerrufen, d. h. das Ausgleichsverlangen auch ohne Einwilligung des Vaters zurückzunehmen. Die erste Frage, die sich im Rahmen der durch diese Regelung hervorgerufenen Probleme stellt, wird durch die Notwendigkeit veranlaßt, die maßgeblichen, auf das Ausgleichsverlangen anzuwendenden Vorschriften festzustellen; dazu ist es zunächst erforderlich, Geltendmachen und Rücknahme des Ausgleichsverlangens in die herkömmlichen Kategorien juristischer Handlungen einzuordnen.

I. In der herkömmlichen Dogmatik werden die rechtmäßigen[2] juristischen Handlungen unterteilt in "Willenserklärungen"

---

1) Siehe dazu im einzelnen oben S. 29 ff.

2) Zur weiteren Unterteilung in rechtmäßige und rechtswidrige Handlungen vgl. Enneccerus-Nipperdey § 137 III S. 862 f; Soergel-Siebert-Hefermehl vor § 1o4 Rdn. 2.

und "Rechtshandlungen"[3], wobei sich für die Rechtshandlungen zusätzlich noch eine Unterscheidung von "geschäftsähnlichen Handlungen" und "Realakten" herausgebildet hat[4]. Da die geschäftsähnlichen Handlungen und Realakte danach abzugrenzen sind, ob der jeweiligen Handlung die Äußerung eines geistigen Vorganges notwendig immanent ist, kann hinsichtlich des Geltendmachens und der Rücknahme des Ausgleichsverlangens allein die Einordnung als Willenserklärung oder geschäftsähnliche Handlung fraglich sein, die ohnehin von geringer praktischer Bedeutung ist; denn auf geschäftsähnliche Handlungen sind grds., d. h. soweit es die Interessenlage erfordert, die für Willenserklärungen geltenden Vorschriften entsprechend heranzuziehen[5].

Für das Vorliegen einer Willenserklärung ist entscheidend der speziell auf die Herbeiführung von Rechtswirkungen gerichtete Wille. Schon die Motive[6] enthalten folgende, heute allgemein anerkannte[7] Definition: "Das Rechtsgeschäft ist

---

3) Vgl. Larenz AT § 26 S. 437; Flume II § 9. 1 S. 1o4 ff; vgl. insbesondere auch Hefermehl BABl.1967 S. 311 ff.

4) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 137 IV 2 S. 865 ff; Larenz AT § 26 S. 437.
Grund für diese Unterscheidung ist, daß der Gesetzgeber für die Rechtshandlungen keine eigene Regeln aufgestellt, vielmehr es bewußt Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen hat, für den jeweiligen Einzelfall zu klären, ob eine Anwendung der Normen über Rechtsgeschäfte geboten erscheint (siehe Mot. I S. 127).

5) Vgl. Lehmann-Hübner § 38 II S. 337; Enneccerus-Nipperdey § 137 IV 2 S. 865 f; vgl. auch Larenz AT § 26 S. 44o Fn. 1, der zu Recht darauf hinweist, daß im Einzelfall genau geprüft werden müsse, ob die Voraussetzungen einer Analogie gegeben sind.

6) Mot. I S. 127.

7) Vgl. Lehmann-Hübner § 24 I S. 141 f; Enneccerus-Nipperdey § 145 S. 894 ff; Flume II § 4. 5 S. 51 ff; BGHZ 6, 1o2, 1o5; 21, 1o2, 1o6.
A. A. noch Danz S. 11; Ehrlich S. 2: Für das Vorliegen einer Willenserklärung sei nur ein Wollen von wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Bedeutung zu fordern, der rechtliche Erfolg trete dann ohne weiteres kraft Gesetzes ein.

eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung nur deswegen eintritt, weil er gewollt ist." Kommt es daher für die Einordnung des Stellens und der Rücknahme des Ausgleichsverlangens maßgeblich darauf an, daß erstens Rechtswirkungen eintreten und zweitens der Geltungsgrund für diese Rechtswirkung im Willen des Kindes liegt, so läßt sich dazu folgendes ausführen:

Die Rechtswirkungen, die durch das Stellen des Ausgleichsverlangens herbeigeführt werden, sind zum einen die Geltung der Verjährungsregelung des § 1934 d Abs. 3; zum anderen wird mit dem Verlangen nach Erbausgleich der verhaltene Anspruch des § 1934 d Abs. 1 aktualisiert, d. h. der Anspruch verwandelt sich in einen fälligen, nunmehr vom Vater zu erfüllenden Anspruch[8]; und was die Wirkungen des Rücknahmeverlangens betrifft, so treten - die Frage nach weiteren Rechtsfolgen, insbesondere die nach der Wiederholbarkeit des Ausgleichsverlangens[9], in diesem Zusammenhang dahingestellt - Rechtswirkungen zumindest insofern ein, als durch das Rücknahmeverlangen als actus contrarius zum Ausgleichsverlangen die Fälligkeit des Anspruchs beseitigt wird und die Verjährungsregelung des § 1934 d Abs. 3 nicht mehr gilt.
Willenserklärungen wären Ausgleichsverlangen und Rücknahmeverlangen aber nur[10], wenn die durch sie hervorgerufenen Rechtswirkungen allein deshalb eintreten, weil sie gewollt sind; m. a. W. die Rechtswirkungen dürften nicht ex lege

---

8) Siehe dazu im einzelnen oben S. 39 f.

9) Siehe dazu aber insbesondere noch unten S. 82 ff.

10) Als Willenserklärungen angesehen von Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 11, 24; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 2, 6; BGB-RGRK-Kregel § 1934 d Rdn. 2; Christiansen S. 117, 128; Brox Rdn. 85; Damrau, FamRZ 1969 S. 586, 588;
ebenso die Autoren, die das in § 1934 d Abs. 1 normierte Recht als Gestaltungsrecht verstehen;vgl. Odersky § 1934 d Anm. II 3 c, VI 2; Ebert S. 22; Lutter § 3 II S. 71, V 1 a S. 81; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 8; Kumme, ZBlJR 1974 S. 23.

als Folge von Ausgleichsverlangen und Rücknahmeverlangen eintreten, sondern sie müßten Ausdruck eines privatautonomen Selbstgestaltungsaktes sein.
Für die an das Geltendmachen des Ausgleichsverlangens geknüpfte Rechtsfolge ist es jedoch ebenso wie etwa bei der Mahnung (§ 284), der Fristsetzung (§ 326), die auch die Funktion haben, den Schuldner zu einem bereits geschuldeten Tun oder Unterlassen aufzufordern, nicht erforderlich, daß der Erklärende diese Rechtswirkung will. Ihr Geltungsgrund liegt daher nicht im Willen des Erklärenden, sondern in der gesetzlichen Regelung; das ist selbst dann der Fall, wenn die Rechtsfolge beabsichtigt war[11]. Entsprechendes gilt für das Rücknahmeverlangen; auch hier erfolgt zwar eine Veränderung des zwischen Vater und ne. Kind kraft Gesetzes bestehenden Schuldverhältnisses, Geltungsgrund für diese Rechtsfolge ist aber nicht der Wille des Kindes, mag er auch darauf gerichtet sein, sondern die Rechtsfolgen treten auch dann ein, wenn ein diesbezüglicher Wille nicht vorhanden ist. Es handelt sich - wie beim Ausgleichsverlangen - lediglich um eine Mitteilung, durch die auf ein bestehendes Rechtsverhältnis Bezug genommen wird[12].

Folgt daraus für vorliegende Untersuchung, daß weder Ausgleichsverlangen noch Rücknahmeverlangen als Willenserklärungen angesehen werden können, ist aber gleichwohl nicht zu verkennen, daß sie Äußerungen eines geistigen Vorganges sind, des Entschlusses des ne. Kindes, den vorzeitigen Erbausgleich zu verlangen oder das Erbrecht nach dem Vater vorzuziehen. Sie stehen daher einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung sehr nahe; und das rechtfertigt es, sie als

---

11) Siehe auch Jäger, FamRZ 1971 S. 506.

12) Vgl. dazu auch Larenz AT § 26 S. 437 ff; Lehmann-Hübner § 38 S. 336.

geschäftsähnliche Handlung zu verstehen[13], auf die die für Willenserklärungen geltenden Vorschriften grds. entsprechend heranzuziehen sind.

II. Die Anwendbarkeit der Vorschriften über Willenserklärungen auf das Geltendmachen und die Rücknahme des Ausgleichsverlangens

Die bei geschäftsähnlichen Handlungen im Einzelfall erforderliche Untersuchung[14] der Geltung der Vorschriften über Willenserklärungen muß sich hinsichtlich der Stellung und der Rücknahme des Ausgleichsverlangens insbesondere darauf erstrecken, ob die Regeln über Zugang (§§ 13o ff), Geschäftsfähigkeit (§§ 1o4 ff), Vertretung (§§ 164 ff) und Anfechtung (§§ 119, 123) analog anwendbar sind.

1. Unproblematisch ist die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Zugang von Willenserklärungen. Der Vater muß von der Entscheidung des ne. Kindes für oder gegen den Erbausgleich Kenntnis haben; nur so kann er sich auf Maßnahmen bezüglich der für ihn bevorstehenden finanziellen Belastung einstellen.

2. Ebenfalls sind die Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit, soweit eine Anwendung wegen der in § 1934 d Abs. 1 normierten Altersgrenzen überhaupt in Frage steht, entsprechend heranzuziehen. Der diesen Vorschriften zugrunde liegende Schutzgedanke paßt auch auf Stellung und Rücknahme des Ausgleichsverlangens, denn der Geschäftsunfähige kann die häufig schwierige Entscheidung für oder gegen den Erbausgleich nicht

---

13) So für die Stellung des Ausgleichsverlangens auch Jäger, FamRZ 1971 S. 5o6.

14) Vgl. Larenz AT § 26 S. 44o Fn. 1.

treffen. Der beschränkt Geschäftfähige hingegen ist imstande, zwar nicht das Rücknahmeverlangen, jedoch das Ausgleichsverlangen wirksam geltend zu machen; er erlangt hierdurch lediglich einen rechtlichen Vorteil (§ 1o7), da der Anspruch fällig und die Verjährungsregelung des § 1934 d Abs. 3 anwendbar wird[15].

3. Problematischer erscheint da schon eine Anwendung der Vorschriften über die Stellvertretung. Die Rechtsposition, die das Kind vor Zustandekommen des Erbausgleichs innehat, ist höchstpersönlicher Natur und die Entscheidung für oder gegen das Erbrecht nach dem Vater als Entscheidung für oder gegen die Starthilfe notwendig persönlichkeitsbezogen[16], so daß sich die Frage stellt, inwieweit dies einer Anwendung der Vorschriften über die Stellvertretung entgegensteht. Folgendes wird zu gelten haben:

Sowohl mit der gewillkürten wie mit der gesetzlichen Stellvertretung wird das Ziel verfolgt, die Interessen des Vertretenen durch den Vertreter wahrnehmen zu lassen; zu diesem Zweck erfolgt die Vollmachtserteilung, und ebenfalls deshalb bestehen die Vorschriften über die gesetzliche Stellvertretung, da der Vertretene wegen fehlender oder beschränkter Geschäftsfähigkeit zur Eigenwahrnehmung seiner Interessen nicht oder nur in beschränktem Umfang in der Lage ist[17].
Einer Verwirklichung dieses Zwecks steht aber trotz der höchstpersönlichen Natur der Rechtsposition des ne. Kindes

---

15) Bei der notariellen Vereinbarung über den Erbausgleich liegen die Voraussetzungen des § 1o7 jedoch nicht vor, da der Erbausgleich wegen der Wirkungen des § 1934 e kein lediglich vorteilhaftes Geschäft ist.

16) Siehe dazu im einzelnen schon oben S. 48 f.

17) Vgl. Larenz AT § 3o I S. 474.

die beim vorzeitigen Erbausgleich bestehende Interessenlage nicht entgegen. Hinsichtlich der gesetzlichen Stellvertretung kann auch das geschäftsunfähige Kind ebenso wie das geschäftsfähige Kind im Alter von 21 bis 27 Jahren einer Unterstützung bedürfen, die es beim Ausschluß der Vertretung nicht zu erlangen vermöchte; und was die gewillkürte Stellvertretung betrifft, so darf es dem ne. Kind auch im Rahmen der §§ 1934 d, 1934 e bei der nicht leicht zu treffenden Entscheidung für oder gegen den Erbausgleich nicht verwehrt sein, seine Interessen durch einen Vertreter wahrnehmen zu lassen. Es ist daher davon auszugehen, daß die §§ 164 ff für Ausgleichs- und Rücknahmeverlangen entsprechend anwendbar sind[18].

4. Zur im vorliegenden Zusammenhang abschließenden Frage, ob die §§ 119, 123 ebenfalls analog heranzuziehen sind, ist für Stellung und Rücknahme des Ausgleichsverlangens eine differenzierte Betrachtungsweise geboten.

a. Nach § 1934 d Abs. 4 S. 2 ist das Ausgleichsverlangen jederzeit auch ohne Einwilligung des Vaters zurücknehmbar. Daraus folgt, daß diese Vorschrift von den Voraussetzungen her alle denkbaren Fälle einer Anfechtung mit umfaßt. Ein Nebeneinander von Anfechtungsrecht und Rücknahmemöglichkeit erscheint daher wenig sinnvoll; insbesondere paßt die in § 122 angeordnete Schadensersatzpflicht nicht zur Reglung des § 1934 d Abs. 4 S. 2, die die Interessen des Vaters an der Endgültigkeit der Entscheidung für den Erbausgleich überhaupt nicht berücksichtigt und demnach eine vom Anfechtungsrecht abweichende Interessenbewertung vornimmt. Man muß deshalb § 1934 d Abs. 4 S. 2 als Spezialregelung verstehen,

---

18) So im Ergebnis auch Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 27; Lutter § 3 II 1 S. 71 (allerdings für die Frage der direkten Anwendung der §§ 164 ff).

A. A. Christiansen S. 117, der nur gesetzliche Vertretung zulassen will.

durch die eine Anwendung der §§ 119, 123 ausgeschlossen ist[19].

b. Für die Rücknahme des Ausgleichsverlangens ist eine dem § 1934 d Abs. 4 S. 2 entsprechende ausdrückliche, die "Rücknahme des Rücknahmeverlangens" regelnde Vorschrift nicht vorhanden. Da bei einer dem Kind zustehenden Möglichkeit erneuter Stellung des Ausgleichsverlangens auch eine Anfechtung des Rücknahmeverlangens entsprechend den zu § 1934 d Abs. 4 S. 2 genannten Gründen ausgeschlossen sein könnte, scheint daher hinsichtlich der Geltung der §§ 119, 123 die Frage der Wiederholbarkeit des Ausgleichsverlangens[2o] von maßgeblicher Bedeutung zu sein. Zu bedenken ist jedoch, daß aufgrund der gesetzlichen Ausgestaltung des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich selbst bei grds. Wiederholbarkeit des Ausgleichsverlangens ein erneutes Geltendmachen des Anspruchs nur unter den Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 1 möglich ist, wenn also das Kind das 27. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Nach Erlöschen des Anspruchs aus § 1934 d Abs. 1 vermag aber eine Anfechtung wegen der Wirkung aus § 142 Abs. 1 immer noch die Fälligkeit des Anspruchs und die Geltung der Verjährungsregelung des § 1934 d Abs. 3 herbeizuführen; und da die dem Anfechtungsrecht zugrunde liegende Interessenbewertung hier auch für das Rücknahmeverlangen zutrifft - nach Vollendung des 27. Lebensjahres darf der Vater grds. davon ausgehen[21], der gegen ihn gerichtete Anspruch sei erloschen, so daß eine Anwendung des § 122 gerechtfertigt ist -, kann das nur

---

19) So im Ergebnis auch Jäger, FamRZ 1971 S. 5o6; a. A. Lutter § 3 II 2 S. 74 f; der ein Nebeneinander von Anfechtungsrecht und Rücknahmemöglichkeit annimmt. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Larenz AT § 26 S. 44o, der für Mahnung und Fristsetzung als geschäftsähnliche Handlungen generell das Anfechtungsrecht nicht anwenden will, sondern von einer einfachen Rücknahmemöglichkeit ausgeht.

2o) Vgl. dazu aber sogleich unten S. 82 ff.

21) Vorbehaltlich § 123.

eine Geltung des Anfechtungsrechts selbst bei Wiederholbarkeit des Ausgleichsverlangens zur Folge haben.

Im Ergebnis ist daher von folgendem auszugehen: Das ne. Kind ist berechtigt, das Rücknahmeverlangen bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 119, 123 mit den Wirkungen des § 142 Abs. 1 anzufechten. Das führt bei Wiederholbarkeit des Ausgleichsverlangens dazu, daß Anfechtungsrecht und das Recht zum erneuten Geltendmachen des Erbausgleichs nebeneinander bestehen, wobei sich für das Kind wegen § 122 eine Anfechtung als wenig sinnvoll darstellt. Nach Vollendung des 27. Lebensjahres hingegen ist die Anfechtung das einzige Mittel, das irrtümlich gestellte Rücknahmeverlangen wieder zu beseitigen und damit die Fälligkeit des Anspruchs und die Geltung der Verjährung des § 1934 d Abs. 3 herbeizuführen.

B. Die Wiederholbarkeit des Ausgleichsverlangens

I. Die Frage, ob das Kind nach Rücknahme des Ausgleichsverlangens erneut unter den Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 1 den vorzeitigen Erbausgleich geltend machen darf, ist im Schrifttum umstritten. Auf der einen Seite wird die Ansicht vertreten[22], dem Kind sei bis zur Grenze der mißbräuchlichen Rechtsausübung zu gestatten, das Ausgleichsverlangen erneut zu stellen. Dies begründet man im wesentlichen damit, es sei weder dem Wortlaut des Gesetzes zu entnehmen, daß durch die Rücknahme des Ausgleichsverlangens dem ne. Kind endgültig der Weg zu einer vorzeitigen Abfindung versperrt sein solle, noch stünde der Sinn der gesetzlichen Regelung entgegen. Andererseits jedoch wird ge-

22) Odersky § 1934 d Anm. IV 4; Damrau, FamRZ 1969 S. 586; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/1970 S. 15; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 6 a; Lutter § 3 V 2 S. 83; Körting, NJW 1970 S. 1526; Christiansen S. 160; Ebert S. 24; Schnitzerling § 1934 d Anm. III 4.

sagt[23], der Vater müsse in seinem Vertrauen auf die Endgültigkeit der Entscheidung des volljährigen Kindes geschützt werden, das mit der Rücknahme des Verlangens auf die Erfüllung des Anspruchs für immer verzichte.

II. Stellungnahme:
Weder dem Gesetz noch den Gesetzesmaterialien[24] ist zur vorliegenden Frage eine eindeutige Aussage zu entnehmen. Dabei spricht allerdings für eine Wiederholbarkeit des Ausgleichsverlangens, daß auch nach Rücknahme des Verlangens vor Vollendung des 27. Lebensjahres die Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 1 dem Wortlaut nach vorliegen. Gleichwohl wird die Lösung des Problems maßgeblich davon beeinflußt sein, ob das durch das Rücknahmeverlangen hervorgerufene Vertrauen des Vaters auf die Endgültigkeit der Entscheidung gegen den Erbausgleich schutzwürdiger ist als das Interesse des ne. Kindes an einem erneuten Geltendmachen des Anspruchs; und dazu läßt sich folgendes anführen:

Nach § 1934 d Abs. 1 steht es im Belieben des ne. Kindes, sich für oder gegen einen vorzeitigen Erbausgleich zu entscheiden. Interessen des Vaters für oder gegen einen Erbausgleich bleiben hier unberücksichtigt; zwar ist es dem Vater nicht verwehrt, das Kind diesbezüglich zu beeinflussen, ein durchsetzbares Recht steht ihm jedoch nicht zu[25]. Außerdem genießt das Vertrauen des Vaters auf die Endgültig-

---

23) Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 25; BGB--RGRK-Kregel § 1934 d Rdn. 4.

24) Siehe dazu Kurzprotokoll des Unterausschusses "Unehelichenrecht" des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages Nr. 23 S. 11/12.

25) Vgl. dazu Abgeordneter Dr. Stark, Verhandlungen des Deutschen Bundestages V. Wahlperiode, Stenographische Berichte S. 12999 (A).
Für ein Abfindungsrecht des Vaters hatte sich vor allem Bosch, FamRZ 1968 S. 629/630 ausgesprochen, das jedoch letztlich wegen seiner zweifelhaften Verfassungskonformität abgelehnt wurde, da ein Recht des Vaters zur vorzeitigen Abfindung der ehelichen Kinder nicht besteht.

keit der Entscheidung des Kindes für den Erbausgleich keinen Schutz (§ 1934 d Abs. 4 S. 2). Der Vater hat möglicherweise unter Geldbeschaffungskosten den Ausgleichsbetrag bereits aufgebracht und sieht bei Rücknahme des Ausgleichsverlangens, daß seine Bemühungen umsonst waren; nach § 1934 d Abs. 4 S. 2 ist das unbeachtlich[26]. Demnach läßt sich eine der gesetzlichen Regelung zugrunde liegende Tendenz feststellen, das Interesse des Kindes an weitgehender Entschließungsfreiheit bevorzugt zu behandeln. Diese bevorzugte Behandlung ist ohne weiteres dadurch gerechtfertigt, daß die Entscheidung für oder gegen den Erbausgleich angesichts des ungewissen Umfangs des u. U. in weiter Zukunft liegenden Vermögensanfalles beim Tode des Vaters nicht leicht fallen wird. Vor allem erfährt das Kind nach Stellung des Ausgleichsverlangens doch häufig erst beim Notar oder vor Gericht von der endgültigen Höhe des zu erwartenden Ausgleichsbetrages; wenn das Kind dann sein Ausgleichsverlangen zurücknimmt, mag der Vater - falls ihm im Einzelfall wirklich so sehr am Schutz seines Vertrauens auf die Entscheidung des Kindes gegen den Erbausgleich liegt - sich selbst schützen, indem er mit dem Kind einen Erlaßvertrag schließt, auf den sich das Kind in der Regel einlassen wird. Ansonsten aber erscheint kein Grund ersichtlich, das Vertrauen des Vaters höher zu bewerten als das Interesse des Kindes an einem erneuten Geltendmachen des Erbausgleichs, zumal sich zum einen die Vermögensverhältnisse des Vaters und auch das Bedürfnis nach einer Abfindung innerhalb der Frist des § 1934 d Abs. 1 ändern können und zum anderen ein wiederholtes Ausgleichsverlangen ohnehin unter dem Verbot der mißbräuchlichen Rechtsausübung steht. Erst in diesem

---

26) Vgl. dazu auch Damrau, FamRZ 1969 S. 586.

Fall überwiegt das schutzwürdige Interesse des Vaters, das dann die weitgehende Entschließungsfreiheit des Kindes begrenzt. Solange aber noch kein Rechtsmißbrauch vorliegt, ist dem Kind das Recht zu gewähren, auch noch nach bereits erfolgter Rücknahme des Ausgleichsverlangens sich erneut für den vorzeitigen Erbausgleich zu entscheiden.

C. Sonderfragen zum Rücknahmeverlangen

I. Die Rechtslage bei Rücknahme des Ausgleichsverlangens vor der notariellen Beurkundung der Erbausgleichsvereinbarung

1. Durch die Rücknahme des Ausgleichsverlangens vor der notariellen Beurkundung der Erbausgleichsvereinbarung gestaltet sich die Rechtslage grds. problemlos: Der durch das Geltendmachen des Ausgleichsverlangens aktualisierte Anspruch verwandelt sich unter den Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 1 wieder in einen verhaltenen Anspruch, der, wenn er wieder fällig werden soll, erneut geltend gemacht werden muß; hat das Kind dagegen zur Zeit des Rücknahmeverlangens das 27. Lebensjahr schon vollendet, erlischt der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich.

2. Einer näheren Untersuchung bedarf jedoch der Fall, daß es zwischen Vater und ne. Kind bereits zu einer mündlichen oder schriftlichen Erbausgleichsvereinbarung gekommen ist, die lediglich noch der notariellen Beurkundung ermangelte; das entsprechende Problem stellt sich, wenn ein in dieser Weise vereinbarter Erbausgleich nicht zustande kommt, weil etwa der Anspruch verjährt ist und der Vater sich darauf beruft: Zwar treten dann Erbausgleichswirkungen aufgrund der §§ 125 S. 1, 1934 d Abs. 4 S. 1 nicht ein; da der

vorzeitige Erbausgleich aber Fortkommensbeitrag i. S. einer Ausstattung sein soll[27], könnte sich die mündliche oder schriftliche Erbausgleichsvereinbarung in ein grds. formlos gültiges[28] Ausstattungsversprechen umdeuten lassen.

a. Nach § 14o ist eine Konversion[29] unter den Voraussetzungen möglich, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft vorliegt, das den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäftes entspricht, dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit von den Parteien gewollt wäre. Dabei bestehen Sinn und Zweck des § 14o darin, "einerseits die Nichtigkeitsvorschriften zu achten, andererseits aber den rechtsunkundigen Parteien zu helfen, wenn sie sich zur Erreichung eines wirtschaftlichen Zwecks in Unkenntnis des Gesetzes lediglich in dem angewandten Mittel vergriffen und ihren Willen zu einem nichtigen Geschäft kundgetan haben, obwohl ihre Erklärungen der Sache nach die Erfordernisse eines gültigen Geschäftes erfüllen und sie bei Kenntnis der Sachlage im Hinblick auf den im wesentlichen gleichen geschäftlichen Erfolg das letztere gewollt haben würden[3o]."

b. Erforderlich für eine Umdeutung einer nach §§ 125 S. 1, 1934 d Abs. 4 S. 1 nichtigen Vereinbarung in ein formlos gültiges Ausstattungsversprechen ist demnach, daß die nichtige Erbausgleichsvereinbarung nicht nur in formeller, sondern auch in inhaltlicher Hinsicht den Voraussetzungen

---

27) Siehe dazu im einzelnen oben S. 9 f.

28) Siehe BGH FamRZ 1965 S. 5o2; Erman-Ronke § 1624 Rdn. 9; lediglich dann, wenn das Versprochene das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter entsprechende Maß übersteigt, findet die Form des § 518 Anwendung.

29) Zur Umdeutung vgl. insbesondere Reinicke S. 88 ff.

3o) RGZ 129, 122, 123, 124; vgl. dazu auch Larenz AT § 23 III S. 4oo.

eines Ausstattungsversprechens entspricht; d. h. unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des § 14o, es müßte der wirtschaftliche Erfolg, den die Parteien mit dem nichtigen Geschäft, der Erbausgleichsvereinbarung, erreichen wollten, im wesentlichen oder teilweise durch das andere Geschäft, das Ausstattungsversprechen, erzielt werden können[31]. Das jedoch ist nicht der Fall. Zum einen wäre es ohnehin sinnwidrig, dem Kind, das nach § 1934 d Abs. 4 S. 2 das Ausgleichsverlangen zurückgenommen hat, einen Anspruch auf eine Ausstattung zu geben, denn der Inhalt der durch das Rücknahmeverlangen gemachten Aussage, auf eine Ausstattung zu verzichten, würde geradezu ins Gegenteil verkehrt; und zum anderen kommt es bei der Frage der Umdeutung auf den von beiden Parteien und nicht lediglich von einer Seite erstrebten wirtschaftlichen Erfolg an. In diesen ist bei der Erbausgleichsvereinbarung aber notwendig die Rechtsfolge des § 1934 e mit einbezogen, die durch ein Ausstattungsversprechen weder im wesentlichen noch teilweise erreicht zu werden vermag; gerade der Erbrechtsausschluß des § 1934 e ist für den Vater von besonderer Bedeutung. Bei einer zulässigen Umdeutung könnte das Kind also durch einfache Rücknahme des Ausgleichsverlangens einen Anspruch auf Ausstattung erlangen, ohne auch nur die Rechtsfolgen des vorzeitigen Erbausgleichs in Kauf nehmen zu müssen. Eine Umdeutung kommt daher nicht in Betracht[32].

---

31) Vgl. auch RGZ 137, 171, 176.

32) So auch Christiansen S. 218.

II. Rechtsfragen, die sich aufgrund des dem ne. Kind gewährten Rechts ergeben, noch bis zur Rechtskraft der den Erbausgleich zusprechenden Entscheidung das Ausgleichsverlangen zurückzunehmen

1. Das Recht zur Klagerücknahme auch ohne Einwilligung des Vaters

Nimmt das Kind vor Rechtskraft des Urteils sein Ausgleichsverlangen zurück, so gestaltet sich die materielle Rechtslage ebenso klar wie bei Rücknahme des Ausgleichsverlangens vor notarieller Beurkundung der Erbausgleichsvereinbarung[33]; weiterer Ausführungen hierzu bedarf es nicht. Problematisch erscheint jedoch die Frage, ob das ne. Kind im Falle einer solchen Rücknahme auch die Klage aufgrund des § 1934 d Abs. 4 S. 2 ohne Zustimmung des Vaters zurücknehmen kann. Naturgemäß werden folgende Auffassungen vertreten: Während auf der einen Seite behauptet wird, die Rücknahme des Ausgleichsverlangens habe Klageabweisung zur Folge, wenn die Klage nicht in nach § 271 ZPO zulässiger Weise zurückgenommen werde[34], wird andererseits die Meinung geäußert, § 1934 d Abs. 4 S. 2 gebe dem Kind das Recht, nicht nur das Ausgleichsverlangen, sondern auch die Klage ohne Einwilligung des Vaters in jeder Lage des Prozesses zurückzunehmen[35].

Stellungnahme:

Auszugehen ist von der Notwendigkeit, zwischen der Rücknahme des Ausgleichsverlangens als geschäftsähnlicher Handlung[36],

---

33) Siehe dazu oben S. 85.

34) So Lutter § 3 V 1 c S. 82; Odersky § 1934 d Anm. VI 3 und 5; Christiansen S. 152; Ebert S. 58 Fn. 75; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 24; BGB-RGRK-Kregel § 1934 d Rdn. 4; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 19.

35) So Damrau, FamRZ 1969 S. 588 (vgl. auch ders., FamRZ 1971 S. 480); Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/1970 S. 14 f; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 6 b.

36) Siehe oben S. 74 ff.

die auf die materielle Rechtslage einwirkt, und der Klagerücknahme als Prozeßhandlung zu unterscheiden. Die Rücknahme des Ausgleichsverlangens hat zur Folge, daß der Anspruch nicht mehr fällig ist bzw. erlischt, wenn das ne. Kind schon das 27. Lebensjahr vollendet hat. Eine Klagerücknahme dagegen ist Widerruf des in der Klage liegenden Gesuchs um Rechtsschutz; durch sie wird der Rechtsstreit beendet, gleich ob der Prozeßgegenstand eine Veränderung erfahren hat oder nicht[37]. Für die Lösung der vorliegenden Problematik kommt es also darauf an, ob § 1934 d Abs. 4 S. 2 lediglich die sachlichrechtlichen Beziehungen zwischen Vater und ne. Kind regelt oder auch die Berechtigung zu einer in § 271 ZPO in den Voraussetzungen anders geregelten Prozeßhandlung gewährt.

a. Wenn § 1934 d Abs. 4 S. 2 lautet: "Bevor eine Vereinbarung beurkundet oder über den Erbausgleich rechtskräftig entschieden ist, kann das Kind das Ausgleichsverlangen ohne Einwilligung des Vaters zurücknehmen.", läßt sich eine aus dem Wortlaut dieser Regelung gezogene Schlußfolgerung, es ergebe sich "zwangsläufig aus der vom Gesetz eingeräumten Möglichkeit, das Verlangen bis zur Rechtskraft des Urteils zurückzunehmen", auch die Zulässigkeit einer Klagerücknahme ohne Einwilligung des Vaters[38], nicht halten. Das Gesetz spricht lediglich davon, das Kind könne sein Ausgleichsverlangen bis zur Rechtskraft der Entscheidung zurücknehmen, von der Berechtigung zur Klagerücknahme ohne Einwilligung des Beklagten wird überhaupt nichts gesagt[39]. Aus letzterem aber wiederum den Schluß ziehen zu wollen, eine Klage-

---

37) Vgl. Baumbach-Lauterbach § 271 Anm. 1 A; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 14.

38) Damrau, FamRZ 1989 S. 588.

39) Vgl. auch Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 14; Odersky § 1934 d Anm. VI 3.

rücknahme sei nur unter den Voraussetzungen des § 271 ZPO zulässig, bedeutete zu verkennen, daß eine Auslegung mit dem Ergebnis, § 1934 d Abs. 4 S. 2 enthalte auch das Recht zur Vornahme einer in § 271 ZPO in den Voraussetzungen anders geregelten Prozeßhandlung, schon angesichts des Wortlautzusammenhangs dieser beiden Vorschriften durchaus vertretbar erscheint; während nämlich in § 1934 d Abs. 4 S. 2 die Rede ist von "Rücknahme", "ohne Einwilligung des Vaters", "bevor über den Erbausgleich rechtskräftig entschieden ist", wird in § 271 ZPO ebenfalls von "Rücknahme" und einer dafür von einem bestimmten Prozeßzeitpunkt an erforderlichen Einwilligung gesprochen.

b. Ist somit dem Wortlaut des § 1934 d Abs. 4 S. 2 und der Fassung des § 271 ZPO nichts Endültiges zu entnehmen, liegt zunächst die Frage auf der Hand, ob beide Ausglegungsmöglichkeiten zu unterschiedlichen Auswirkungen auf die Prozeßkostenverteilung führen, da diese als von den Parteien am ehesten zu spürende Folge die eine oder andere Partei unbillig belasten und für schutzwürdig zu erachtende Interessen verletzen könnte. Die Kostenfrage vermag die Lösung des Problems jedoch schon deshalb nicht zu beeinflussen, weil das Kind, gleich ob man die Zulässigkeit einer Klagerücknahme ohne Einwilligung des Vaters bejaht, im Regelfall die nach Lage des Verfahrens anfallenden Kosten trägt:

Läßt man eine Klagerücknahme in Abweichung von § 271 ZPO nicht zu , so hat die Rücknahme des Ausgleichsverlangens zur Folge, daß die Klage als unbegründet und nach § 91 ZPO kostenpflichtig abgewiesen wird; und im Fall der Klagerücknahme ergeht eine Kostenentscheidung nach § 271 Abs. 3 S. 2 ZPO, d. h. das ne. Kind ist ebenfalls verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, soweit nicht rechtskräftig bereits über sie entschieden ist.

Daneben - und darauf sei in diesem Zusammenhang noch ergänzend hingewiesen - bleibt es den Parteien allerdings unbenommen, nach § 91 a ZPO gemeinsam die Hauptsache für erledigt zu erklären[40]. Die Entscheidung des Gerichts über die Kosten erfolgt dann unter Berücksichtigung des bisherigen Streitstandes nach billigem Ermessen. Da dabei dem Grundgedanken des Kostenrechts, daß die Partei, die sich zu Unrecht eines Rechts berühmt und damit die Kosten verursacht, die Kosten auch tragen soll, Rechnung zu tragen ist[41], wird auch hier im Regelfall die Kostenentscheidung zu Lasten des ne. Kindes ausfallen[42]: Das Gesetz hat dem Kind das volle Risiko der Spekulation um die Höhe des zu erwartenden Nachlasses zugewiesen, und das Kind, das sich zunächst für den Erbausgleich entschieden und daraufhin gegen den Vater Klage erhoben hat, schafft aus freiem Entschluß die Voraussetzungen für die Unbegründetheit der Klage. Ist dagegen der Vater mit der Erledigungserklärung nicht einverstanden, so ergeht, wenn das Kind nur sein Ausgleichsverlangen zurückgenommen hat, auf die einseitige Erledigungserklärung des Kindes hin bei regelmäßig ursprünglicher Begründetheit der Klage entgegen dem Klageabweisungsantrag des Vaters ein Urteil, das die Erledigung der Hauptsache feststellt; hier wird der Kostenentscheidung § 91 ZPO zugrunde gelegt, d. h. der Vater, der sich zu Unrecht gegen die Erledigungserklärung gewehrt hat,

---

40) Vgl. auch Lutter § 3 V 1 c S. 82; Christiansen S. 137 ff; Damrau, FamRZ 1971 S. 480.
Zur Erledigung der Hauptsache siehe Rosenberg-Schwab § 133 S. 701 ff; Blomeyer (Zivilprozeß) § 64 S. 311 ff.

41) Vgl. RGZ 58, 414, 416; Stein-Jonas-Pohle Vorbemerkung II 1 vor § 91; Deubner, JuS 1962 S. 207.

42) So auch Lutter § 3 V 1 c S. 82; vgl. auch Damrau, FamRZ 1971 S. 480 und die Entgegnung Lutters aaO Fn. 31.
A. A. Christiansen (S. 139) für den Fall, daß es zur Klage gekommen ist, weil der Vater die Vereinbarung über den Erbausgleich abgelehnt hat.

trägt die Kosten des Rechtsstreits[43].

c. Läßt sich festhalten, daß die Kostenfrage das Problem einer entgegen § 271 ZPO zulässigen Klagerücknahme nicht zu beeinflussen vermag, ist in vorliegendem Zusammenhang folgendes von besonderer Bedeutung: § 1934 d Abs. 4 S. 2 kann nur so verstanden werden, daß das Kind in jeder Lage des Prozesses bis zur Rechtskraft des Urteils durch Rücknahme des Ausgleichsverlangens imstande sein soll, sich das sonst notwendig verlorene Erbrecht nach dem Vater zu erhalten[44]; eine andere Auslegung des Gesetzes wäre wegen der unlösbaren Verknüpfung von Rechtskraft des Urteils und Rechtsfolge des § 1934 e sinnwidrig. Wenn aber das Gesetz dem Kind schon diese Möglichkeit einräumt und damit die Entscheidungsfreiheit des Kindes umfassend schützt, muß dem Kind auch notwendig in jeder Lage des Verfahrens das dazu erforderliche Mittel zur Verfügung stehen; und das wäre bei einer durch § 1934 d Abs. 4 S. 2 ermöglichten Klagerücknahme auch ohne Einwilligung des Vaters ohne weiters wegen § 271 Abs. 3 S. 1 ZPO immer gewährleistet, bei einer entgegen § 271 ZPO nicht zulässigen Klagerücknahme - wie die folgende Überlegung zeigt - jedoch nicht:

aa. Nimmt das Kind, nachdem bereits ein den Erbausgleich zusprechendes Urteil ergangen ist, vor Rechtskraft des Urteils nach § 1934 d Abs. 4 S. 2 das Ausgleichsverlangen zurück, gestaltet sich in prozessualer Hinsicht die Rechtslage in der Weise, daß nach § 318 ZPO der Richter sich nicht mehr

---

43) Für den Fall der einseitigen Erledigungserklärung ist diese Kostenentscheidung umstritten, sie entspricht aber der Rechtsprechung (vgl. BGHZ 23, 333, 34o; BGH NJW 1968 S. 2243; so auch Grunsky § 12 III 2 S. 115; Baumbach-Lauterbach § 91 a Anm. 3 A; Thomas-Putzo § 91 a Anm. 7 a bb).
A. A. Deubner, JuS 1962 S. 211; Zeiss § 64 IV 5 S. 2o1; Rosenberg-Schwab § 133 III S. 7o7; Lutter § 3 V 1 c S. 82; Christiansen S. 143, die § 91 a ZPO anwenden.

44) So auch Christiansen S. 147.

durch eine erneute Entscheidung zu dem von ihm bereits erlassenen Urteil in Widerspruch setzen darf; er kann also von sich aus der durch die Rücknahme des Ausgleichsverlangens entstandenen materiellen Rechtslage keine Rechnung mehr tragen. Aber auch das ne. Kind kann ohne Einwilligung des Vaters mit den herkömmlichen Mitteln nicht verhindern, daß das Urteil mit Ablauf der Rechtsmittelfrist in formelle, aber auch in materielle Rechtskraft erwächst, d. h. daß nach § 1934 e Erbausgleichswirkungen eintreten, obwohl sich das Kind gegen den Erbausgleich und für das Erbrecht entschieden hat[45]. Denn zum einen ist zur Einlegung eines Rechtsmittels nur der durch die Entscheidung allein beschwerte Vater berechtigt. Zum zweiten hat das Kind keinen Anspruch darauf, daß der Vater einer Klagerücknahme oder einer Erledigung der Hauptsache zustimmt. Zum dritten ist auch eine einseitige Erledigung der Hauptsache nicht mehr möglich; diese führt nämlich nicht, wie es bei der einverständlichen Erledigung der Fall ist, die Erledigung der Hauptsache selbst herbei, sondern beinhaltet den Antrag an das Gericht, über die Erledigung der Hauptsache durch Urteil zu entscheiden[46]. Da aber der Richter nach § 318 ZPO nicht in der Lage ist, sich in Widerspruch zu seiner bisherigen Entscheidung zu setzen, bedarf es der Einlegung eines Rechtsmittels; und dazu müßte gerade das ne. Kind berechtigt sein. Diesem fehlt es jedoch an der erforderlichen Beschwer. Schließlich vermag auch ein Klageverzicht nicht den Eintritt der Wirkungen aus § 1934 e zu verhindern, da

---

45) Siehe Christiansen S. 136; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/ 1970 S. 15 geht offenbar davon aus, daß das Urteil lediglich formell rechtskräftig wird.

46) Allgemeine Ansicht; vgl. Rosenberg-Schwab § 133 III S. 705; Baumbach-Lauterbach § 91 a Anm. 2 C; Zeiss § 65 IV S. 200; BGHZ 23, 333, 340; BGH NJW 1968 S. 2243.
Zur umstrittenen Rechtsnatur der einseitigen Erledigungserklärung vgl. Rosenberg-Schwab aaO S. 704 ff; Blomeyer, JuS 1962 S. 212 ff; Deubner, JuS 1962 S. 208 ff.

beim Erlaß eines Verzichtsurteils, das dem den Erbausgleich zusprechenden Urteil widerspricht, ebenso wie bei der einseitigen Erledigungserkärung § 318 ZPO zu beachten ist; d. h. für den Erlaß eines Verzichtsurteils ist ebenfalls die Einlegung eines Rechtsmittels erforderlich, das aber vom in der Vorinstanz gemäß dem Klageantrag obsiegenden Kind wegen Fehlens der Beschwer nicht mit Erfolg eingelegt werden kann.

bb. Daß ein derartiges Ergebnis dem Sinn des § 1934 d Abs. 4 S. 2 widerspricht, liegt auf der Hand. Es wird deshalb die Ansicht vertreten[47], dem ne. Kind sei das Recht zu gewähren, in einer derartigen Prozeßsituation auch ohne Vorliegen einer Beschwer ein Rechtsmittel mit dem Ziel der einseitigen Erledigung der Hauptsache einzulegen. Der Satz, die Zulässigkeit eines Rechtsmittels setze eine Beschwer voraus, habe schon durch ständige Rechtsprechung[48] insofern eine Ausnahme erfahren, als bei einer Scheidungsklage der obsiegende Kläger im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe trotz Fehlens einer Beschwer das Rechtsmittel dazu benutzen kann, auf die Urteilsfolgen nach § 3o6 ZPO zu verzichten; und der Grund für diese Ausnahme - das öffentliche Interesse an Aufrechterhaltung der Ehe - sei vergleichbar mit dem in § 1934 d Abs. 4 S. 2 zum Ausdruck kommenden Interesse an der Erhaltung des Rechts des ne. Kindes auf Beteiligung am väterlichen Nachlaß[49].

cc. Auf dem Boden der These einer derartigen Argumentation, § 1934 d Abs. 4 S. 2 beinhalte wegen § 271 ZPO auf keinen

---

47) Christiansen S. 145 ff.

48) RGZ 91, 365, 366; 115, 374, 375; BGHZ 24, 369, 37o; vgl. auch Stein-Jonas-Grunsky Allg. Einl. V 3 vor § 511; Diederichsen, FamRZ 1966 S. 61o.

49) So Christiansen S. 15o.

Fall ein Recht zur Klagerücknahme auch ohne Einwilligung des Vaters[50], erscheint eine solche Ansicht nur konsequent. Fraglich jedoch bleibt, ob § 1934 d Abs. 4 S. 2 nicht doch als Ausnahmevorschrift zu § 271 ZPO verstanden werden muß; zumindest läßt sich das so, wie es geschieht[51], nicht einfach mit dem Hinweis verneinen, dem stehe § 271 ZPO entgegen. Mag nämlich im Scheidungsverfahren ein Verzicht auf die Beschwer des Rechtsmittelklägers geboten sein, im Rahmen der §§ 1934 d, 1934 e ist die Möglichkeit zur Rücknahme der Klage auch ohne Einwilligung des Vaters nicht nur evident praktisch, sondern sie bietet sich wegen § 1934 d Abs. 4 S. 2 auch geradezu an. In dieser Hinsicht ist die Situation im Scheidungsverfahren zwischen den Instanzen eine andere; dort stellt sich überhaupt nicht die Frage nach einer Rücknahme der Klage ohne Einwilligung des Beklagten, da eine dementsprechende Vorschrift, die das ermöglichen könnte, gar nicht existiert.

(1) Kein Argument gegen die Anerkennung eines in § 1934 d Abs. 4 S. 2 normierten Rechts zur Klagerücknahme bildet die Annahme, es müsse vom ne. Kind erwartet werden, daß es nicht leichtfertig einen Prozeß in Gang setzt; deshalb habe es mit der von ihm selbst herbeigeführten Abweisung der Klage zu rechnen, ohne damit unbillig beschwert zu sein[52]. Hier wird überhaupt nicht bedacht, daß nach Erlaß eines den Erbausgleich zusprechenden, noch nicht rechtskräftigen Urteils mit den herkömmlichen prozessualen Mitteln der Sinn des § 1934 d Abs. 4 S. 2 nicht verwirklicht werden kann.

---

50) Christiansen S. 153.

51) Siehe Christiansen S. 153; siehe auch Odersky § 1934 d Anm. VI 5; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 19.

52) So Ebert S. 58 Fn. 75.

(2) Bedenken gegen die Ansicht, § 1934 d Abs. 4 S. 2 beinhalte das Recht zur Vornahme einer in § 271 ZPO in den Voraussetzungen anders geregelten Prozeßhandlung, könnten sich aber insofern ergeben, als von der Grundsatznorm des § 271 ZPO abgewichen wird. § 271 ZPO ist zu entnehmen, daß nach Beginn der mündlichen Verhandlung das Interesse des Beklagten am Erlaß eines Urteils über den geltend gemachten Anspruch schutzwürdiger ist als das Interesse des Klägers an einer Rücknahme der Klage. Mit Beginn der mündlichen Verhandlung soll der Beklagte ein prozessuales Recht auf Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch erlangen[53], und das wäre nach § 1934 d Abs. 4 S. 2 nicht gewährleistet.

Einer kritischen Untersuchung halten solche Erwägungen jedoch nicht stand. Enthält § 1934 d Abs. 4 S. 2 nämlich kein Recht zur Klagerücknahme, so führt das im Fall der Rücknahme des Ausgleichsverlangens zwischen den Instanzen zum einen zu dem zweifelhaften Ergebnis, daß § 271 ZPO dem Vater neben dem Recht auf Entscheidung auch ein Recht auf Rechtskraft eines durch das Rücknahmeverlangen materiell unrichtig gewordenen Urteils gewährt. Zum anderen ist zu bedenken, daß der Beklagte, der von seinem in § 271 ZPO normierten prozessualen Recht Gebrauch macht und die Einwilligung zur Klagerücknahme verweigert, in erster Linie ein Interesse an der Rechtskraft des Urteils hat, um hierdurch vor erneutem Geltendmachen des Anspruchs geschützt zu sein. Ein solches Interesse ist aber im Rahmen des vorzeitigen Erbausgleichs aufgrund der besonderen gesetzlichen Ausgestaltung des Anspruchs für gering zu erachten, da es sich um einen verhaltenen Anspruch handelt, der wiederholt geltend gemacht wer-

---

53) Vgl. Stein-Jonas-Schumann-Leipold § 271 Anm. II 1; Rosenberg-Schwab § 131 I 3 S. 683.

den kann[54]. Selbst wenn wegen der nach Klageerhebung erfolgten Rücknahme des Ausgleichsverlangens ein klageabweisendes Urteil ergeht, das in Rechtskraft erwächst, steht die Rechtskraft dieses Urteils einem erneuten gerichtlichen Geltendmachen des Anspruchs nicht entgegen; der Streitgegenstand ist aufgrund des jetzt nochmals gestellten Ausgleichsverlangens ein anderer. Und schließlich hat die Ablehung einer extensiven Auslegung des § 1934 d Abs. 4 S. 2 eine den schutzwürdigen Interessen des Kindes widersprechende, verworrene Situation zur Folge - denn nicht nur, daß sich das Kind entgegen dem Sinn des § 1934 d Abs. 4 S. 2 nach Erlaß, aber vor Rechtskraft des Urteils nicht mehr für das Erbrecht nach dem Vater zu entscheiden vermag; der Vater hat auch die Möglichkeit, Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO zu erheben, die Rücknahme des Ausgleichsverlangens ist ja erst nach dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung erfolgt. Dann aber läßt sich § 1934 d Abs. 4 S. 2 ohne weiteres in der Weise sinnvoll deuten, daß er neben der Befugnis, auf die materiellrechtlichen Beziehungen zwischen Vater und ne. Kind einzuwirken, zusätzlich noch das Recht zu einer in § 271 ZPO in den Voraussetzungen anders geregelten Prozeßhandlung gewährt.

c. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß das ne. Kind nach § 1934 d Abs. 4 S. 2 auch die Klage ohne Einwilligung des Vaters zurücknehmen kann.

---

54) Vgl. dazu im einzelnen insbesondere oben S. 82 ff.

2. Der Schadensersatzanspruch des Vaters aus § 717 Abs. 2 ZPO

Das ne. Kind hat möglicherweise aufgrund des für vorläufig vollstreckbar erklärten, den Erbausgleich zusprechenden Urteils bereits vollstreckt, wenn es sich noch vor Rechtskraft des Urteils gegen den Erbausgleich entscheidet und nach § 1934 d Abs. 4 S. 2 Ausgleichsverlangen und Klage zurücknimmt. Dabei kann dem Vater durch die Vollstreckung ein nicht unerheblicher Schaden entstanden sein, den er nunmehr vom ne. Kind ersetzt verlangt; da die Voraussetzungen einer Haftung nach den allgemeinen Vorschriften, insbesondere nach § 826, selten vorliegen werden[55], kommt § 717 Abs. 2 ZPO in der Regel als einzige Anspruchsgrundlage in Betracht. Tatbestandliche Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO ist jedoch, daß ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes, nicht oberlandesgerichtliches Urteil aufgehoben oder abgeändert worden ist. Diese Voraussetzung ist aber im Fall der Klagerücknahme nach § 1934 d Abs. 4 S. 2 nicht erfüllt; vielmehr tritt die Rechtsfolge des § 271 Abs. 3 S. 1 ZPO ein, d. h. das Urteil wird wirkungslos, ohne daß es einer ausdrücklichen Aufhebung bedarf. Liegen daher insoweit die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 717 Abs. 2 ZPO nicht vor, stellt sich gleichwohl die umstrittene Frage einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschrift.

a. Der Meinungsstand zur grds. Frage der entsprechenden Anwendung des § 717 Abs. 2 ZPO auf die Fälle der Klagerücknahme sei zunächst kurz skizziert:

Zum einen wird die Ansicht vertreten, daß dann, wenn die

---

55) Vgl. Damrau, FamRZ 1969 S. 587.

Wirkungslosigkeit des Urteils auf Parteihandlungen beruht, für eine entsprechende Anwendung des § 717 Abs. 2 ZPO kein Raum sei[56]. Zuweisungsgrund für den Anspruch sei der prozessuale Tatbestand der Aufhebung des unrichtigen Urteils[57], und dieses sei hier nicht aufgrund sachlicher oder prozessualer Mängel aufgehoben. Der Beklagte könne sich durch Verweigerung der Einwilligung zur Klagerücknahme selbst schützen, um dann ein Rechtsmittel einzulegen und so die Voraussetzungen des § 717 Abs. 2 ZPO herbeizuführen[58].
Zum anderen geht man davon aus, die Beseitigung des Vollstreckungstitels habe nur insoweit Bedeutung, als sie als prozessuale Voraussetzung zur Verfolgung eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Vollstreckung erforderlich sei[59]. Daher sei, wenn die Verurteilung des Beklagten auf andere Weise ihre Wirksamkeit verliert - wie z. B. im Fall der Klagerücknahme - eine förmliche Aufhebung nicht notwendig.

b. Scheint auch vorliegende Frage der entsprechenden Anwendbarkeit des § 717 Abs. 2 ZPO bei nach § 1934 d Abs. 4 S. 2 erfolgter Rücknahme der Klage von der Maßgeblichkeit der einen oder anderen Meinung abhängig zu sein, ist jedoch zu bedenken, daß nach § 1934 d Abs. 4 S. 2 im Gegensatz zur Rechtslage, die der allgemeinen Frage der analogen Anwendbarkeit des § 717 Abs. 2 ZPO zugrunde liegt, eine Klagerücknahme entgegen § 271 ZPO auch ohne Einwilligung des Beklagten zulässig ist[60]; diese abweichende Rechtslage

---

56) Stein-Jonas-Münzberg § 717 Anm. IV 4; für die gemeinsame Erledigung der Hauptsache BGH MDR 1972 S. 765; OLG Köln RheinArch 1911 S. 227; Thomas-Putzo § 717 Anm. 1 b.

57) Vgl. RG JW 1902 S. 254 Nr. 19.

58) Vgl. Stein-Jonas-Münzberg § 717 Anm. VI 4 Fn. 148.

59) Pecher S. 206 f; wohl auch Petersen § 717 Anm. 4 a; zu § 655 a. F. OLG Dresden SächsArch 1893 S. 636, 638; RG JW 1893 S. 486 Nr. 6.

60) Eine entsprechende Anwendung des § 717 Abs. 2 ZPO für diesen Fall wird vertreten von Damrau, FamRZ 1969 S. 587; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 6 b; Brox Rdn. 85; wohl auch Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/1970 S. 14.

läßt eine spezielle, allein für den vorzeitigen Erbausgleich geltende Untersuchung ausreichend sein, macht sie aber auch erforderlich; das insbesondere deshalb, weil durch die notwendige extensive Auslegung des § 1934 d Abs. 4 S. 2[61] das der allgemeinen Frage der analogen Anwendbarkeit des § 717 Abs. 2 ZPO zugrunde liegende Wertungssystem der ZPO verändert wird; die nach § 1934 d Abs. 4 S. 2 mögliche Klagerücknahme auch ohne Einwilligung des Vaters stellt diesen nämlich hinsichtlich eines Anspruchs aus § 717 Abs. 2 ZPO schutzlos, da der Vater selbst nicht mehr in der Lage ist, durch Einlegung eines Rechtsmittels die Voraussetzungen des § 717 Abs. 2 ZPO herbeizuführen[62]. Dabei wird zur Frage der Zulässigkeit eines Analogieschlusses für den Fall der Klagerücknahme nach § 1934 d Abs. 4 S. 2 folgendes zu gelten haben:

aa. Die Schadensersatzpflicht nach § 717 Abs. 2 ZPO beruht auf dem allgemeinen Rechtsgedanken, daß bei der Vollstrekkung aus einem noch nicht endgültigen Vollstreckungstitel der Gläubiger die Gefahr der ungerechtfertigten Vollstrekkung trägt[63]. Die aufgrund eines vorläufig vollstreckbaren Titels durchgeführten Vollstreckungsmaßnahmen greifen in die Rechtssphäre des von ihnen Betroffenen ein, ohne daß abschließend feststeht, ob das Urteil noch einmal überprüft und möglicherweise auf ein Rechtsmittel des Betroffenen hin wieder aufgehoben wird. Gewährt die Rechtsordnung aber die Berechtigung, in einer solchen Situation vor Rechtskraft des Urteils zu vollstrecken, dann muß auch eine Risikoverteilung in der Weise vorgenommen werden, daß der durch

---

61) Siehe dazu im einzelnen oben S. 82 ff.

62) Vgl. dazu auch Damrau, FamRZ 1969 S. 587.

63) Siehe BGHZ 54, 76, 8o; Baur S. 99; Baumbach-Lauterbach § 717 Anm. 2 A; vgl. auch Prot. II S. 672, 674.

die vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung Begünstigte die Gefahr der späteren Aufhebung des Urteils trägt[64]; er weiß um die eventuell nur vorläufige Entscheidung. Zwar ist dem Kläger durch das Gericht die Rechtmäßigkeit seines Vorgehens bescheinigt worden; den Schaden aus einer solchen erlaubten, jedoch von vornherein gefahrbeladenen Ausübung soll aber derjenige tragen, der seine Interessen auf Kosten des anderen verfolgt.

bb. Auch das ne. Kind, das aus dem für vorläufig vollstreckbar erklärten Erbausgleichsurteil vorgeht, nimmt seine Interessen auf Kosten des Vaters wahr, wenn zur Zeit der Vollstreckung das Urteil allein schon deshalb nicht endgültig ist, weil das Kind nach § 1934 d Abs. 4 S. 2 selbst seine Entscheidung widerrufen und die Klage ohne Mitwirkung des Vaters zurücknehmen kann. Insofern paßt also der dem § 717 Abs. 2 ZPO zugrunde liegende Gedanke ohne weiteres.

(1) Was einem Analogieschluß aber entgegenstehen könnte, ist eine für § 717 Abs. 2 ZPO grds. zu fordernde Haftungsvoraussetzung, die bei einer Rücknahme des Ausgleichsverlangens und der Klage nach erfolgter Vollstreckung regelmäßig nicht vorhanden ist. Wenn nämlich § 717 Abs. 2 ZPO als Rechtsfolge anordnet, dem Beklagten müsse der aus der Vollstreckung entstandene Schaden ersetzt werden, läßt sich die Normierung eines solchen Schadensersatzanspruches vom herkömmlichen Verständnis der ungerechtfertigten Vollstreckung her nur dadurch rechtfertigen, daß auf diese Weise ein materiellrechtlicher Interessenausgleich herbeigeführt werden soll[65], der durch einen "widerrechtlichen" Eingriff in die

---

64) Diese Risikoverteilung ist jedoch nicht gänzlich unumstritten; vgl. Roth, NJW 1972 S. 936; vgl. auch Baur S. 115.

65) Vgl. Pecher S. 174.

Rechte des Beklagten erforderlich geworden ist[66]. Dabei mag in vorliegendem Zusammenhang dahingestellt sein, ob hinsichtlich des Zeitpunkts der materiellen Bewertung der Widerrechtlichkeit dieses Eingriffs darauf abzustellen ist, ob der Kläger die beigetriebene Leistung zur Zeit der Vollstreckung zu fordern hatte[67] oder das Urteil der materiellen Rechtslage entsprach[68]. Gleich welcher Ansicht man folgt, die nach herkömmlichem Verständnis des Anspruchs aus ungerechtfertigter Vollstreckung im Rahmen des § 717 Abs. 2 ZPO zu fordernde Widerrechtlichkeit des Eingriffs in die Rechte des Beklagten ist für den Fall, daß das Kind in nach § 1934 d Abs. 4 S. 2 zulässiger Weise die Klage zurücknimmt, in aller Regel nicht erfüllt: Der Vater kann sich zwar, wenn das Kind noch aus dem Titel vollstreckt, nachdem es das Ausgleichsverlangen zurückgenommen hat, nach § 767 ZPO gegen die Vollstreckung wehren; wenn das Kind aber erst nach der Vollstreckung, jedoch vor Rechtskraft des Urteils von seinem in § 1934 d Abs. 4 S. 2 normierten Recht Gebrauch macht, ist die erfolgte Vollstreckung rechtmäßig, denn das Urteil ist im Regelfall im Einklang mit der materiellen Rechtslage ergangen, und das Kind hatte auch zur Zeit der Vollstreckung die vom Vater beigetriebene Leistung zu fordern.

(2) Gleichwohl darf dieses Fehlen der herkömmlicherweise für eine Haftung aus § 717 Abs. 2 ZPO zu fordende Widerrechtlichkeit des Vollstreckungseingriffs der Zulässigkeit

---

66) Siehe RGZ 145, 328, 332; siehe auch Prot. zum BGB II S. 674: Der Gläubiger habe, "wenn ausnahmsweise der richterliche Spruch sich hinterher als materiell unrichtig herausstelle", dem Schuldner den Schaden zu ersetzen.

67) So Pecher S. 175.

68) So Baur S. 114; Bruns § 6 IV 3 c S. 27; vgl. auch BGHZ 54, 76, 8o f: Es "entspricht einer sachgerechten Risikoverteilung, daß er (der Kläger) die Gefahr der materiellen Unbegründetheit seines Rechtsschutzbegehrens trägt."

eines Analogieschlusses nicht entgegenstehen. Wenn nämlich § 1934 d Abs. 4 S. 2 ein Recht zur Klagerücknahme entgegen § 271 ZPO auch ohne Einwilligung des Vaters gewährt und durch diese extensive Auslegung des § 1934 d Abs. 4 S. 2 in das Wertungssystem der ZPO eingeriffen wird[69], dann darf das auch nicht ohne Konsequenzen für weitere Auslegungsfragen[7o] sein, wie sich vor allem für vorliegendes Problem der entsprechenden Anwendbarkeit des § 717 Abs. 2 ZPO zeigt. Durch das Recht zur Klagerücknahme entgegen § 271 ZPO ist der sonst bestehende Schutz des Vaters nicht mehr gewährleistet. Der Vater ist nicht mehr imstande, selbst die Voraussetzungen des § 717 Abs. 2 ZPO herbeizuführen. Sinn des § 1934 d Abs. 4 S. 2 ist es jedoch lediglich, dem Kind in jeder Lage des Verfahrens bis zur Rechtskraft des Urteils noch eine Entscheidung für das Erbrecht nach dem Vater zu ermöglichen; daß der Gesetzgeber durch § 1934 d Abs. 4 S. 2 den allgemeinen Rechtsgedanken des venire contra factum proprium in Frage stellen und dem Kind die Möglichkeit geben wollte, sanktionslos in die Rechtssphäre des Vaters einzugreifen, ist nicht ersichtlich. Gerade hier, wo das Kind selbst durch Rücknahme von Ausgleichsverlangen und Klage in das Geschehen eingreift, muß gewissermaßen "erst recht" der Gedanke Geltung beanspruchen, daß bei einer Vollstrekkung aus einem noch nicht endgültigen Vollstreckungstitel der Gläubiger die Gefahr der ungerechtfertigten Vollstrekkung trägt: Das Kind weiß besser als oder doch zumindest ebenso gut wie ein sonstiger durch die vorläufige Vollstreckbarkeit Begünstigter um die mögliche Vorläufigkeit der gerichtlichen Entscheidung. Dann aber macht die not-

---

69) Siehe schon oben S. 99 f.

7o) Zur Frage der Haftung des Kindes aus § 717 Abs. 3 ZPO vgl. sogleich unten S. 1o4 f.

wendige extensive Auslegung des § 1934 d Abs. 4 S. 2 und der damit verbundene Eingriff in das Wertungssystem der ZPO auch insofern eine Korrektur des § 717 Abs. 2 ZPO erforderlich, als erstens auf die Aufhebung des Urteils verzichtet werden kann und zweitens der vollstreckungsrechtliche Eingriff in die Rechte des Vaters nicht widerrechtlich zu sein braucht.

c. Läßt sich daher im Ergebnis festhalten, daß § 717 Abs. 2 ZPO im Fall der Klagerücknahme nach § 1934 d Abs. 2 S. 2 analog anwendbar ist[71], scheint sich dementsprechend die Erstattungspflicht des Kindes ohne weiteres analog § 717 Abs. 3 ZPO nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zu richten[72], wenn das Kind aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten, streitigen Urteil des Oberlandesgerichts vollstreckt. Daß jedoch auch hier § 717 Abs. 2 ZPO, d. h. Haftung auf Schadensersatz, zur Anwendung kommen muß, mag die folgende Überlegung zeigen:

Wenn der Haftung aus ungerechtfertigter Vollstreckung nach § 717 Abs. 2 ZPO der Gedanke zugrunde liegt, daß der Gläubiger die Gefahr der ungerechtfertigten Vollstreckung tragen soll, so hat der sachgerechte Maßstab, der für eine solche Risikoverteilung gefunden werden muß[73], in § 717 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO eine unterschiedliche Ausprägung erfahren. In § 717 Abs. 3 wird zur Regelung des materiellen Interessenausgleichs lediglich auf das Bereicherungsrecht verwiesen, d. h. dem Kläger kommt die Rechtswohltat des § 818 Abs. 3

---

71) So im Ergebnis auch Damrau, FamRZ 1969 S. 587; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 6 b; Brox Rdn. 85; wohl auch Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 14.

72) So Damrau, FamRZ 1969 S. 587; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 6 b; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 15.

73) Vgl. BGHZ 54, 76, 8o f.

voll zugute. Grund dafür kann nur sein, daß die Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils für den Kläger die Gefahr der ungerechtfertigten Vollstreckung erheblich verringert hat. Dieser Grund für eine Haftungsmilderung trifft aber im Fall der Klagerücknahme nach § 1934 d Abs. 4 S. 2 nicht zu. Hier geht es nicht um das Vertrauen des Kindes auf die Entscheidung des Gerichts, sondern allenfalls um das "Vertrauen", das das Kind in seine eigene Entscheidung für den Erbausgleich setzt, die es selbst immer noch rückgängig machen kann. Ist das Vertrauen in das Urteil in vorliegendem Zusammenhang aber ohnehin kein maßgebliches Kriterium für eine Haftung aus ungerechtfertigter Vollstrekkung, deren Voraussetzungen das Kind vielmehr - gleich ob in der ersten oder zweiten Instanz - selbst herbeiführen kann, darf es auch nicht gerechtfertigt sein, zwischen der Rechtslage im Fall eines landgerichtlichen und eines oberlandesgerichtlichen Urteils zu differenzieren; ein sachlicher Grund dafür ist nicht vorhanden. Es wird daher davon auszugehen sein, daß die gebotene extensive Auslegung des § 1934 d Abs. 4 S. 2 auch insofern zu einer Korrektur des Wertungssystems der ZPO zwingt, als § 717 Abs. 2 ZPO ebenfalls für oberlandesgerichtliche Urteile entsprechend anzuwenden ist.

5. Kapitel: Die Rechtsfolgeregelung des § 1934 e

A. Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 1934 e

I. Die allgemeinen Voraussetzungen des Erbrechtsausschlusses

Wenn § 1934 e als Rechtsfolge des wirksamen Erbausgleichs anordnet, daß beim Tode des Vaters sowie beim Tode väterlicher Verwandter das Kind und dessen Abkömmlinge, beim Tode des Kindes sowie beim Tode von Abkömmlingen des Kindes der Vater und dessen Verwandte nicht gesetzliche Erben und auch nicht pflichtteilsberechtigt sind, so lassen sich diese Wirkungen auf zweierlei Weise erreichen: Zum einen können der Vater und das ne. Kind eine den gesetzlichen Wirksamkeitserfordernissen entsprechende Vereinbarung über den vorzeitigen Erbausgleich treffen, zum anderen besteht die Möglichkeit, daß der vorzeitige Erbausgleich dem Kind durch Urteil zugesprochen wird. Voraussetzung für den in § 1934 e angeordneten Erbrechtsausschluß ist demnach, daß zur Zeit des Erbfalls entweder eine wirksame notarielle Vereinbarung oder ein rechtskräftiges Urteil über den vorzeitigen Erbausgleich vorliegt. Muß man dabei einen gerichtlichen Vergleich diesen alternativ zu erfüllenden Wirksamkeitsvoraussetzungen gleichstellen (§ 127 a), sei klarstellend zu dieser Regelung zunächst das Folgende ausgeführt:

Erbausgleichswirkungen treten nur ein, wenn zur Zeit des Erbfalls der Erbausgleich bereits wirksam zustande gekommen ist[1], d. h. die Vereinbarung muß notariell beurkundet,

---

1) Vgl. Bosch, FamRZ 1973 S. 53; Odersky § 1934 d Anm. VII 1, § 1934 e Anm. II 6; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 8 d; Christiansen S. 187; Lutter § 3 II 2 S. 75.

das Urteil in Rechtskraft erwachsen sein; ob der Vater schon Zahlungen erbracht hat, spielt keine Rolle. Es ist aber auch erforderlich, daß eine über den Erbausgleich getroffene Vereinbarung noch zur Zeit des Erbfalls wirksam bzw. ein rechtskräftiges Urteil nicht im Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben ist[2]. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, scheidet eine Anwendung des § 1934 e aus.

Was die Wirksamkeit der Vereinbarung über den vorzeitigen Erbausgleich betrifft, so gelten für sie als zweiseitiges Rechtsgeschäft die allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen und Verträge[3]. Sie ist rechtswirksam, wenn sie in notarieller Form, also unter Beachtung der Vorschriften des Beurkundungsgesetzes, beurkundet ist und nicht gegen Nichtigkeitsbestimmungen - z. B. § 138 - verstößt. Die Willenserklärungen können unter den Voraussetzungen der §§ 119, 123 sowohl vom Vater als auch vom ne. Kind angefochten werden mit der Folge, daß nach § 142 Abs. 1 die Vereinbarung von Anfang an als nichtig anzusehen ist und die Voraussetzungen für einen Erbrechtsausschluß nach § 1934 e nicht gegeben sind. Vertretung, gewillkürte und gesetzliche ist zulässig, die Form des § 2347 Abs. 2 findet keine Anwendung. Zu beachten aber ist § 1822: Zum einen wird die Vereinbarung über den Erbausgleich häufig Vergleichscharakter haben, wenn die Höhe des Erbausgleichs und die Modalitäten der Zahlung abweichend von § 1934 d Abs. 2 und Abs. 5 bestimmt werden (§ 1822 Nr. 12)[4]; zum anderen trifft der Gedanke des § 1822 Nr. 1 auch für

---

2) Vgl. Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 e Rdn. 3; Palandt-Keidel § 1934 e Anm. 1; Lutter § 3 IX 2 a S. 88; Körting, NJW 197o S. 1526; Ebert S. 25.

3) Siehe Palandt-Keidel § 1934 e Anm. 1; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 e Rdn. 3; Odersky § 1934 d Anm. V 3; Christiansen S. 218, 23o; Lutter § 3 IV 1 S. 8o f.

4) Siehe Odersky § 1934 d Anm. V 4; Bosch, FamRZ 1969 S. 51o Fn. 68 a; Christiansen S. 2o9, 223; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 12; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 22.
A. A. Jäger, FamRZ 1971 S. 51o.

die Vereinbarung über den Erbausgleich zu[5]. Zwar stellt die Vereinbarung weder auf Vater- noch auf Kindseite rechtstechnisch gesehen eine Verfügung über einen angefallenen Erbteil oder eine Verpflichtung zu einer Verfügung über einen zukünftigen Erbteil dar; die umfassenden erbrechtlichen Wirkungen aus § 1934 e und ihre rechtsautomatische Verknüpfung mit der Vereinbarung über den Erbausgleich gebieten es aber, im Rahmen der §§ 1934 d, 1934 e nicht anders zu werten, als es in § 1822 Nr. 1 zum Ausdruck kommt[6]; denn derjenige, der einen vorzeitigen Erbausgleich vereinbart, muß notwendig auch den Erbrechtsausschluß des § 1934 e in Kauf nehmen[7].

II. Die zwingende Natur der in § 1934 d Abs.1 und Abs. 3 festgesetzten Altersgrenzen

Sind die aufgezeigten allgemeinen Voraussetzungen für eine Anwendbarkeit des § 1934 e somit grds. unproblematisch, stellt sich jedoch die Frage, welche Bedeutung den in § 1934 d Abs. 1 und Abs. 3 festgesetzten Altersgrenzen im Rahmen der Rechtsfolgeregelung des § 1934 e zukommt. Hierbei wird man wie folgt zu unterscheiden haben:

1. Nach § 1934 d Abs. 1 ist das ne. Kind berechtigt, im Alter vom vollendeten 21. bis zum nichtvollendeten 27. Lebensjahr einen vorzeitigen Erbausgleich zu verlangen. Wurde in dieser Frist das Ausgleichsverlangen wirksam gestellt und später nicht zurückgenommen, verjährt der in dieser Wei-

---

5) Vgl. Schramm, BWNotZ 197o S. 14; Firsching, DNotZ 197o S. 534; Haegele, BWNotZ 1971 S. 41; Christiansen S. 222. A. A. Damrau, FamRZ 1969 S. 588; wohl auch Jäger, FamRZ 1971 S. 5o7.
Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rd. 12 will § 1822 Nr.2 anwenden; § 1822 Nr. 2 betrifft jedoch nur den bereits angefallen Pflichtteil (vgl. Erman-Hefermehl § 1822 Rdn. 2).

6) Siehe dazu auch Brox Rdn. 88.

7) Vgl. dazu schon oben S. 46.

se geltend gemachte Anspruch in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem das Kind das 27. Lebensjahr vollendet. Daraus ergibt sich zwangsläufig, daß die Rechtsfolgen des § 1934 e sowohl durch notarielle Vereinbarung als auch durch rechtskräftiges Urteil ohne weiteres noch bis zur Vollendung des 3o. Lebensjahres herbeigeführt werden können, wenn das Kind fristgerecht das Ausgleichsverlangen gestellt und nicht zurückgenommen hat; der Anspruch ist also noch durchsetzbar. Aber auch nach Ablauf der Verjährungsfrist erlischt der geltend gemachte Anspruch nicht, sondern dem Vater steht das Recht zu, sich auf die Verjährung zu berufen. Hat das Kind also einmal wirksam die Erfüllung des Anspruchs verlangt und das Ausgleichsverlangen später nicht zurückgenommen, reduziert sich das Problem, ob außerhalb der in § 1934 d Abs. 1 und Abs. 3 normierten Fristen die Voraussetzungen eines Erbrechtsausschlusses i. S. des § 1934 e herbeigeführt werden können, auf die Verjährungsfrage[8].

2. Zweifelhaft und umstritten ist hingegen, ob die Rechtsfolgen des § 1934 e auch dann eintreten, wenn Vater und ne. Kind außerhalb der Fristen des § 1934 d Abs. 1 eine Vereinbarung über einen vorzeitigen Erbausgleich schließen, ohne daß das Kind unter den Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 1 das Ausgleichsverlangen wirksam gestellt hat[9]. Grund des

---

8) Siehe Lutter § 3 II 2 c S. 74 Fn. 21; Jäger, FamRZ 1971 S. 5o7; Bartholomeyczik-Schlüter § 9 II h S. 58; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 e Rdn. 4; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 18.

9) Für die Anwendbarkeit des § 1934 e auch in diesem Fall: Jäger, FamRZ 1971 S. 5o7 f; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 18; Damrau, FamRZ 1969 S. 588; Brox Rdn. 88.

Für die Anwendbarkeit des § 1934 e auf eine Vereinbarung, die in einem solchen Fall nach Vollendung des 27. Lebensjahres geschlossen wird: Bosch, FamRZ 1972 S. 178; Brüggemann, ZBlJR, 1969 S. 314; vgl. auch Brüggemann, in: "Nichtehelichenrecht in der Bewährung", 1972 S. 174 f.

Streits ist, daß sowohl vor Beginn als auch nach Ablauf der vom ne. Kind nicht genutzten Frist des Abs. 1 zur Zeit der Erbausgleichsvereinbarung kein Anspruch des ne. Kindes auf eine vorzeitige Abfindung besteht, denn vor Vollendung des 21. Lebensjahres ist der Anspruch noch nicht entstanden, und mit Vollendung des 27. Lebensjahres erlischt der nicht wirksam geltend gemachte Anspruch. Die Lösung des vorliegenden Problems ist also maßgeblich davon beeinflußt, inwieweit es für die Anwendung des § 1934 e erforderlich ist, daß zur Zeit des Abschlusses der Vereinbarung der gesetzliche Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich besteht[1o].

a. Wer hierauf eine Antwort geben will, wird sich zunächst die grundsätzliche Natur dieses Problems vor Augen führen müssen: Verneint man die Frage in vollem Umfang, wird insoweit ein allgemeines Rechtsinstitut des vorzeitigen Erbausgleichs anerkannt, als Vater und ne. Kind dann jederzeit im Wege einer gütlichen Vereinbarung die Voraussetzungen des umfassenden Erbrechtsausschlusses des § 1934 e herbeiführen können[11]. Bejaht man sie, bleibt Vater und ne. Kind allein die Möglichkeit, außerhalb der in § 1934 d Abs. 1 normierten Frist durch einen Erbverzicht einen Erbrechtsausschluß herbeizuführen, der zum einen strengeren Wirksamkeitsvoraussetzungen unterliegt als die Erbausgleichsvereinbarung[12],

---

1o) Das wird gefordert von Lutter § 3 II 1 c S. 72; ders., StAZ 1971 S. 15; Bartholomeyczik-Schlüter § 9 II h S. 58; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 e Rdn. 4; BGB-RGRK-Kregel § 1934 e Rdn. 3; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 9, § 1934 e Rdn. 2; Kumme, ZBlJR 1974 S. 25; Christiansen S. 213; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 2; Odersky § 1934 e Anm. II 3; Haegele, BWNotZ 1971 S. 42; Ebert S. 23.

11) Unverständlich insoweit Lutter § 3 II 1 c S. 72 und Ebert S. 23, die der Ansicht sind, man spreche sich in diesem Fall für ein allgemeines Rechtsinstitut des vorzeitigen Erbausgleichs aus, das auch den ehelichen Kindern und ihren Eltern zur Verfügung stehe.

12) Vgl. § 2347 (da bei einer Vereinbarung über den vorzeitigen Erbausgleich auch § 1822 Nr. 1 zu beachten ist (vgl. oben. S. 1o7 f), besteht der Unterschied vor allem in der Besonderheit des § 2347 Abs. 2 S. 1).

und dessen Wirkungen zum anderen nicht so weit gehen wie die umfassende Regelung des § 1934 e; im Rahmen der §§ 2346 ff vermag nämlich nur auf das nach dem Tode des Vaters oder des Kindes bestehende Erbrecht verzichtet werden, nach § 1934 e werden aber sämtliche rechtspolitisch unerwünschten erbrechtlichen Beziehungen vorzeitig ausgeschlossen.

b. Der Wortlaut des § 1934 e allein kann zur Klärung nichts beitragen[13]. Wenn § 1934 e als Voraussetzung für den Erbrechtsausschluß fordert, daß "über den Erbausgleich eine wirksame Vereinbarung getroffen worden" ist, regelt das Gesetz gerade nicht, welche weitere Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 1934 e erforderlich sind. § 1934 e allerdings losgelöst von § 1934 d zu betrachten, hieße, den gesetzlichen Sinnzusammenhang außer acht zu lassen. § 1934 e ist Rechtsfolgeregelung zu § 1934 d und nimmt in seinen Voraussetzungen Bezug auf § 1934 d Abs. 4 S. 1, S. 2; und da § 1934 d Abs. 4 S. 1, S. 2 seinerseits im Rahmen der Regelungsmechanik des Gesetzes die Modalitäten der Durchsetzung des Anspruchs betrifft, also einen bestehenden Anspruch voraussetzt, ist es aufgrund dieser Gesetzessystematik zumindest indiziert, daß für die Anwendbarkeit des § 1934 e nicht lediglich eine von Vater und ne. Kind abgeschlossene notarielle Vereinbarung über den Erbausgleich ausreichend, sondern das Bestehen des gesetzlichen Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich zur Zeit der Vereinbarung erforderlich ist.

Zu beachten sind im vorliegenden Zusammenhang aber auch der Sinn und Zweck der in § 1934 d Abs. 1 und Abs. 3 festgesetzten Fristen. Gesetzgeberischer Grund für die Festsetzung der Altersgrenzen in Abs. 1 und Abs. 3 war es im wesentlichen, daß das ne. Kind in diesem Zeitraum regelmäßig am

---

13) A. A. wohl Christiansen S. 112, 113.

ehesten auf eine Starthilfe angewiesen sein wird. Da der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich aber vor Beginn der Frist des Abs. 1 noch gar nicht besteht und nach Ablauf der Fristen von Abs. 1, Abs. 3 entweder erlischt oder seine Durchsetzbarkeit verliert, dienen die Altersgrenzen des § 1934 d vornehmlich dem Schutz des Vaters[14]. Dieser soll zuverlässig wissen, daß das Kind den Anspruch noch nicht bzw. nicht mehr durchsetzen kann. Er darf sich jedoch ohne weiteres nach Ablauf der Frist des Abs. 3 freiwillig dieses Schutzes begeben, indem er sich nicht auf die Verjährung des wirksam innerhalb der Frist des Abs. 1 geltend gemachten Anspruchs beruft[15].

c. Mit Rücksicht auf diese sowohl systematischen als auch dem Zweck der Altersgrenzen Rechnung tragenden Erwägungen erscheint dann aber eine differenzierte Betrachtungsweise geboten.

aa. Zunächst ist davon auszugehen, daß die §§ 1934 d, 1934 e ein einheitliches Regelungssystem bilden. Der Gesetzgeber hat ausdrücklich ein Abfindungsrecht des Vaters abgelehnt[16] und die Befugnis zur Durchsetzung des Erbausgleichs und der damit verbundenen Herbeiführung der Wirkungen aus § 1934 e allein in die Hand des ne. Kindes gelegt. Das Kind soll sich als Gläubiger überlegen, ob es den Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich geltend machen will oder nicht. Dazu ist es aber erst berechtigt, wenn es das 21. Lebensjahr vollendet hat, dann erst kann es den Erbausgleichsbetrag einklagen. Aber auch dann erst steht dem ne. Kind der zweite Weg zur

---

14) Siehe Jäger, FamRZ 1971 S. 507; siehe auch Brox Rdn. 88.
15) Vgl. dazu auch oben S. 108 f.
16) Siehe dazu oben S. 80 und dort Fn. 25.

Durchsetzung des Anspruchs offen, nämlich der der gütlichen Vereinbarung über den Erbausgleich. Dies wird man aufgrund des Sinnzusammenhangs der §§ 1934 d, 1934 e als zwingend ansehen müssen. Vater und ne. Kind haben daher vor Beginn der Frist des § 1934 d Abs. 1 nur die Möglichkeit, im Wege eines Erbverzichts einen Erbrechtsausschluß herbeizuführen.

bb. Ist hingegen der Anspruch unter den Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 1 einmal entstanden, sind die Altersgrenzen nach oben hin ohnehin schon flexibler ausgestaltet. Macht das Kind den Anspruch in der Frist des Abs. 1 geltend, findet auf ihn die Verjährungsregelung des Abs. 3 Anwendung. Die Parteien sind also nunmehr nicht gehindert, im Wege einer gütlichen Vereinbarung die Rechtswirkungen des § 1934 e auch nach Ablauf der in Abs. 1 und Abs. 3 festgesetzten Fristen zu jeder beliebigen Zeit herbeizuführen. Daher darf es aber bei nicht innerhalb der Frist des Abs. 1 wirksam gestelltem Ausgleichsverlangen auch nur dann zulässig sein, dem ne. Kind und seinem Vater eine Vereinbarung mit den Folgen des § 1934 e zu verwehren und die Parteien auf den Erbverzicht mit seinen strengeren Wirksamkeitsvoraussetzungen und den geringeren Erbrechtsauschlußwirkungen zu verweisen, wenn das Erfordernis des Geltendmachens des Erbausgleichs innerhalb der Frist des Abs. 1 die Funktion hätte, die Anwendbarkeit des § 1934 e erst zu ermöglichen. Eine solche Betrachtungsweise müßte sich jedoch den Vorwurf des Formalismus gefallen lassen. Zunächst - und das erscheint für vorliegende Frage besonders bedeutsam - ist es nämlich im Fall einer gütlichen Vereinbarung über einen vorzeitigen Erbausgleich vom Notar oder vom Nachlaßgericht[17] regelmäßig

17) Bei Erteilung eines Erbscheins hat das Nachlaßgericht von Amts wegen zu prüfen, ob ein vorzeitiger Erbausgleich das Erbrecht beseitigt hat (vgl. §§ 2353 ff).

nicht überprüfbar, ob das ne. Kind innerhalb der Frist des § 1934 d Abs. 1 das Ausgleichsverlangen gestellt hat oder nicht. Sodann läßt sich § 1934 d Abs. 4 S. 1 entnehmen, zwischen einem ne. Kind und seinem Vater solle unter leichteren Voraussetzungen ein umfassenderer Erbrechtsausschluß vereinbart werden können, als dies im Rahmen der §§ 2346 ff möglich ist[18]; das aber verträgt sich schlecht damit, daß eine außerhalb der Fristen des Abs. 1 getroffene Erbausgleichsvereinbarung zumindest nicht in allen Fällen in einen Erbverzicht umgedeutet[19] werden kann, weil in formeller Hinsicht an die Wirksamkeit des Erbverzichts strengere Voraussetzungen zu stellen sind als an die Vereinbarung über den vorzeitigen Erbausgleich[20]. Wendet man hier § 1934 e nicht an, käme es zu keinem Erbrechtsausschluß, obwohl schutzwürdige Interessen, die ein derartiges Ergebnis fordern, nicht bestehen; denn der Vater hat sich des ihm durch die Fristen des § 1934 d gewährten Schutzes freiwillig begeben, und das Kind nimmt bei seinem Wunsch nach Erbausgleich die Rechtsfolge des § 1934 e in Kauf[21]. Schließlich verfolgte der Gesetzgeber mit dem vorzeitigen Erbausgleich den Zweck, die erbrechtlichen Beziehungen zwischen dem ne. Kind und seinen Abkömmlingen einerseits und dem Vater und dessen Verwandten andererseits durch die Abfindung völlig zu ersetzen[22]. Dieses Anliegen besteht aber unabhängig von den in

---

18) Siehe auch Brox Rdn. 88.

19) Zur Umdeutung der Erbausgleichsvereinbarung in einen Erbverzicht siehe Damrau, FamRZ 1969 S. 588; Jäger, FamRZ 1971 S. 507; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/1970 S. 18; Christiansen S. 214 ff; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 e Rdn 2; vgl. auch Regler, DNotZ 1970 S. 650; Haegele, BWNotZ 1971 S. 42.
Nach der hier vertretenen Auffassung, die auch nach Ablauf der Fristen des § 1934 d Abs. 1 und Abs. 3 in jedem Fall eine Vereinbarung mit den Folgen des § 1934 e zuläßt, hat die Frage der Umdeutung ohnehin kaum praktische Bedeutung.

20) Zum Unterschied in formeller Hinsicht vgl. oben S. 110 Fn. 12.

21) Vgl. Brox Rdn. 88.

22) Siehe dazu schon oben S. 14 f.

§ 1934 d Abs. 1 und Abs. 3 festgesetzten Fristen[23]. Die Frist des Abs. 1 bildet also offenbar nur die zeitliche Grenze für das Verlangen des ne. Kindes nach Erfüllung des Anspruchs[24] und dient auf diese Weise dem Interesse des Vaters an klaren Verhältnissen; ein freiwilliges Nachgeben des Vaters wird hierdurch aber nicht ausgeschlossen.

d. Im Ergebnis läßt sich somit festhalten, daß eine gütliche Vereinbarung zwischen Vater und ne. Kind über einen vorzeitigen Erbausgleich mit den Rechtsfolgen des § 1934 e unabhängig davon möglich ist, ob das Kind in der Frist des § 1934 d Abs. 1 das Ausgleichsverlangen gestellt und später nicht zurückgenommen hat. Zwingender Natur sind die in § 1934 d normierten Altersgrenzen nur insofern, als vor Beginn der Frist des Abs. 1 lediglich im Wege eines Erbverzichts nach §§ 2346 ff ein Erbrechtsausschluß herbeigeführt werden kann.

B. Der Einfluß der dem zustande gekommenen Erbausgleich nachfolgenden Legitimation oder Adoption auf die in § 1934 e normierten Wirkungen des vorzeitigen Erbausgleichs

Da das ne. Kind auch nach dem Zustandekommen des Erbausgleichs noch durch Eheschließung der Eltern (§ 1719), durch Ehelichkeitserklärung auf Antrag des Vaters (§ 1736) bzw. des Kindes (§ 174o f) oder - wohl bedeutsamer - durch Adoption (§§ 1767 Abs. 2, 1754) die Stellung eines ehelichen Kindes des Vaters erlangen kann, ergibt sich die Frage, ob es in einem solchen Fall bei den umfassenden erbrechtlichen

---

23) Vgl. Jäger, FamRZ 1971 S. 5o8.

24) Vgl. Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 18; Brüggemann, ZBlJR 1969 S. 314.

Wirkungen des § 1934 e verbleibt und das Kind damit weiterhin von der Erbfolge nach dem Vater ausgeschlossen ist[25].

I. Geht man unbefangen von § 1934 e aus, stellt sich die Rechtslage als unproblematisch dar. Der Wortlaut des § 1934 e fordert allein, daß eine zwischen dem Vater und dem ne. Kind über den Erbausgleich getroffene Vereinbarung wirksam bzw. ein den Erbausgleich zusprechendes Urteil in Rechtskraft erwachsen ist; ob das Kind später die Stellung eines ehelichen erlangt oder nicht, scheint für die Geltung des § 1934 e bedeutungslos zu sein. Ihre Rechtfertigung erhält die vorliegende Fragestellung jedoch aus der Systematik der §§ 1934 d, 1934 e und dem Zusammenhang des neuartigen Rechtsinstituts mit den Vorschriften, nach denen das Kind die Stellung eines ehelichen erlangt. Die §§ 1934 d, 1934 e sind speziell eine Regelung des Erbrechts des ne. Kindes, insbesondere durch § 1934 e sollen die erbrechtlichen Beziehungen zwischen dem ne. Kind und seinen Abkömmlingen einerseits und dem Vater und dessen Verwandten andererseits bereinigt werden. Wird das Kind aber nach vollzogenem Erbausgleich eheliches Kind des Vaters, erlangt es damit grds. auch in erbrechtlicher Hinsicht die Stellung eines ehelichen Abkömmlings, so daß es problematisch erscheint, ob der in § 1934 e angeordnete Erbrechtsausschluß aufrecht erhalten werden kann.
In der Literatur wird diese Frage z. T. bejaht und behauptet, die Rechtsfolgen des § 1934 e könnten nur durch letztwillige Verfügung beseitigt werden[26]. Z. T. wird gesagt, die Wirkungen des § 1934 e seien dadurch beendet, daß das

---

25) Der Fall, daß das ne. Kind nicht von seinem Vater, sondern von einem Dritten adoptiert wird, ist wegen §§ 1764 a. F., 1770 Abs. 2 zumindest in dieser Hinsicht unproblematisch. Zur hier aber umstrittenen Berechnung der Ausgleichsforderung siehe oben S. 61 ff.

26) Odersky § 1934 d Anm. III 4; Palandt-Keidel § 1934 e Anm. 1; Damrau, FamRZ 1969 S. 586; Lutter (1.Aufl.) § 3 IX 2 b S. 75; Christiansen S. 200 ff.

Kind nunmehr von Rechts wegen den Status eines ehelichen innehabe[27]. Es wird aber auch eine differenzierte Ansicht vertreten[28]: Während bei nachträglicher Adoption durch den Vater ein Erbrecht des Kindes nach seinem Vater nicht ausgeschlossen sei, ändere sich im Fall der nachträglichen Eheschließung der Eltern oder bei der Ehelichkeitserklärung an der Ausschlußwirkung des § 1934 e nichts[29].

II. Stellungnahme:

Scheint sich auf den ersten Blick die Lösung der Problematik wegen §§ 1719, 1736, 174o f, §§ 1767 Abs. 2, 1754 ohne weiteres einheitlich danach zu richten, ob § 1934 e voraussetzt, daß das Kind auch zur Zeit des Erbfalls den Status eines ne. Abkömmlings hat, ist gleichwohl eine differenzierte Untersuchung erforderlich. Im Fall der Adoption eines volljährigen ne. Kindes führt nämlich § 177o Abs. 2 zur Besonderheit eines doppelten Verwandtschaftstatbestandes zwischen Vater und Kind - einmal des kraft Gesetzes mit der Geburt entstandenen, zum zweiten des durch die Adoption begründeten [3o]; da aber der durch die Adoption begründete Tatbestand - anders als bei der Legitima-

---

27) Körting, NJW 197o S. 1526 f; Jäger, FamRZ 1971 S. 5o8 ff; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 13; Schramm, BWNotZ 197o S. 15 und S. 139; Lutter (2. Auflage) § 3 IX 2 c S. 9o; Kumme, ZBlJR 1974 S. 24; BGB-RGRK-Kregel § 1934 e Rdn. 3; nach Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 e Rdn. 5 soll dies bei der Adoption allerdings nur für das Erbrecht des Kindes gelten(vgl. dazu noch unten S. 128 ff).

28) Soergel-Siebert-Schippel § 1934 e Rdn. 5 (allerdings ohne Berücksichtigung des seit dem 1. 1. 1977 geltenden neuen Adoptionsgesetzes).

29) Da die Wirkungen der Adoption Volljähriger - nur sie kommt in diesem Zusammenhang in Betracht - im wesentlichen denen der Annahme an Kindes Statt nach altem, bis zum 31. 12.1976 geltenden Recht entsprechen, ist die von Soergel-Siebert-Schippel aaO (Fn. 28) gemachte Differenzierung auch heute noch zu beachten.

3o) Siehe auch Jäger, FamRZ 1971 S. 5o8.
Vor der Streichung des § 1589 Abs. 2 war das schon der Fall, wenn z. B. die Mutter ihr ne. Kind adoptierte.

tion - auch ein neues Erbrecht beinhaltet, das nicht mit dem durch die Geburt entstandenen identisch ist[31], gestaltet sich die Rechtslage hinsichtlich des in § 1934 e angeordneten Erbrechtsauschlusses für Adoption und Legitimation möglicherweise ebenfalls unterschiedlich.

1. Der Einfluß der nachfolgenden Legitimation durch Heirat der Eltern oder Ehelichkeitserklärung auf den zustande gekommenen Erbausgleich

Da das ne. Kind durch die Legitimation nach §§ 1719, 1736[32], 174o f in vollem Umfang den Status eines ehelichen erhält, finden nach der Statusänderung zwar die Vorschriften, die speziell die erbrechtlichen Ansprüche des ne. Kindes betreffen, insbesondere §§ 1934 a - 1934 d, keine Anwendung mehr. Zu bedenken ist jedoch ebenfalls, daß dem Kind nunmehr kein anderes Erbrecht zusteht. Vielmehr ist das Erbrecht des ehelichen wie des ne. Kindes nach § 1924 Abs. 1 das eines Abkömmlings, also identisch [33]; auf dieses Erbrecht hat das legitimierte Kind, das vor der Statusänderung das Zustandekommen des Erbausgleichs herbeigeführt hat, wegen § 1934 e bereits notwendig verzichtet. Dieser in § 1934 e angeordnete Erbrechtsausschluß bereitet aber nun insofern Schwierigkeiten, als die Wirkungen aus § 1934 e erst beim Erbfall eintreten, zu einer Zeit also, zu der das Kind in den Fällen der vorliegenden Art ehelich ist. Der Erbrechtsausschluß des § 1934 e ist nämlich nicht Ausdruck unmittelbarer rechtsgeschäftlicher Selbstgestaltung bzw. Rechtsge-

---

31) Zu den Rechtsfolgen der Adoption Volljähriger siehe im einzelnen noch unten S. 126 f.

32) Anders noch insoweit § 1737 a. F.

33) Siehe Soergel-Siebert-Schippel § 1934 e Rdn. 5; Christiansen S. 2o2 f.

staltung durch Urteil, sondern Rechtsfolge des Erbausgleichs, die an das in § 1934 d geregelte Zustandekommen des Erbausgleichs anknüpft und erst beim Erbfall wirksam wird[34]; und das indiziert zumindest die Annahme, das Kind müsse - damit § 1934 e anwendbar ist - auch noch zur Zeit des Erbfalls nichtehelich sein. Da solche systematischen Erwägungen jedoch eben deshalb schon nicht ganz zweifelsfrei sein können, weil § 1934 e überhaupt nicht von "Nichtehelichkeit" spricht, vermag daher letztlich allein der Sinnzusammenhang der Vorschriften über die Legitimation und der §§ 1934 d, 1934 e über die dem Zweck des Gesetzes entsprechende Lösung Auskunft zu geben.

a. Da den §§ 1719, 1736, 174o f vor allem die Wertung zu entnehmen ist, daß die ehelich geborenen und die ehelich gewordenen Abkömmlinge von der Statusänderung an rechtlich völlig gleichzustellen sind, kann die im vorliegenden Zusammenhang entscheidende Frage nur lauten, ob diese Wertung nach dem Sinn und Zweck der §§ 1934 d, 1934 e ebenfalls Geltung beanspruchen muß, wenn das später ehelich gewordene Kind zuvor von dem nur nichtehelichen Abkömmlingen zustehenden Recht Gebrauch gemacht hat, einen vorzeitigen Erbausgleich zu verlangen; denn dann wäre vom Zeitpunkt der Statusänderung an § 1934 e nicht mehr anwendbar.

aa. Die erbrechtliche Zielrichtung des vorzeitigen Erbausgleichs, die erbrechtlichen Beziehungen zwischen ne. Kind und seinen Abkömmlingen einerseits und dem Vater und dessen Verwandten andererseits vorzeitig zu bereinigen, vermag darauf allerdings keine Anwort zu geben. Sie liefert vielmehr sich gegenüberstehende, gleichwertige Argumente:

Für die Anwendbarkeit des § 1934 e spricht insbesondere, daß

---

34) Siehe dazu auch Jäger, FamRZ 1971 S. 5o9; Lutter § 3 IX 2 c S. 9o.

die Erbenstellung, die das Kind im Rahmen des vorzeitigen Erbausgleichs notwendig aufgibt, mit dem Erbrecht des ehelich gewordenen Kindes identisch ist[35]. Hätten Vater und Kind einen Erbverzicht nach §§ 2346 ff vereinbart, bevor das Kind die Stellung eines ehelichen erlangte, würde dessen Bestand und Wirkung durch die Statusänderung nicht berührt[36]; beim vorzeitigen Erbausgleich anders zu entscheiden, erscheint insofern nicht verständlich, als das Kind beim vorzeitigen Erbausgleich ebenso wie beim Erbverzicht zu erkennen gibt, daß es auf seine Erbenstellung beim Todes des Vaters keinen Wert legt.

Gegen eine Anwendbarkeit des § 1934 e spricht jedoch, daß die §§ 1934 d, 1934 e eine speziell das Erbrecht des ne. Kindes betreffende Regelung darstellen. Der umfassende Erbrechtsausschluß des § 1934 e erhält seine Rechtfertigung gerade aus dem besonderen Status des ne. Kindes, das nicht selten von der Familie des Vaters als störender Außenseiter empfunden wird. Mit der Statusänderung wird sich diese Haltung aber häufig ebenfalls geändert haben, so daß der rechtspolitische Zweck der §§ 1934 d, 1934 e, das ne. Kind nicht mit der Familie des Vaters in einer Erbengemeinschaft zusammentreffen zu lassen[37], sich erübrigt hat.

bb. Läßt sich somit der erbrechtlichen Zielsetzung der §§ 1934 d, 1934 e nichts endgültig Maßgebliches entnehmen, kann das Ergebnis der Untersuchung entscheidend nur vom familienrechtlichen Zweck des Erbausgleichs, dem ne. Kind eine Starthilfe i. S. einer Ausstattung zukommen zu lassen,

---

35) So Soergel- Siebert-Schippel § 1934 e Rdn. 5.

36) §§ 1934 d, 1934 e schließen die Möglichkeit eines Erbverzichts nach §§ 2346 ff nicht aus (vgl. dazu Regler, BWNotZ 197o S. 65o; Lutter § 3IX 2 c S. 9o Fn. 42).

37) Vgl. dazu schon oben S. 14 f.

beeinflußt sein; und das führt zu folgender Beurteilung der Rechtslage:

Gesetzgeberischer Anlaß für die Gewährung eines Rechtsanspruches auf Starthilfe war das Gebot des Art. 6 Abs. 5 GG, das es erforderlich machte, dem ne. Kind für seine leibliche und seelische Entwicklung und für seine Stellung in der Gesellschaft auch annähernd gleiche Startbedingungen zu schaffen. Dabei erscheint in vorliegendem Zusammenhang aber von besonderer Bedeutung, daß die ehelichen Kinder, denen im Normalfall in der Familie des Vaters eine Ausstattung freiwillig zuteil wird, in der Regel das Erbrecht nach dem Vater behalten. Muß man nämlich grds. davon ausgehen, daß sich der rechtspolitische Zweck des § 1934 e mit der Statusänderung erübrigt hat[38], so kann nunmehr unter Berücksichtigung des Grundgedankens des NEG, eine möglichst weitgehende Gleichstellung des ne. Kindes und des ehelichen herzustellen[39], nur wie folgt gewertet werden: Die Ausstattung, die sich das noch ne. Kind im Wege der notariellen Vereinbarung oder klageweise verschafft hat, ist nach der Statusänderung als diejenige Ausstattung zu verstehen, die es als eheliches freiwillig erhalten hätte; und da das Kind jetzt den Status eines ehelichen erlangt hat, darf es nicht bei den Rechtsfolgen des § 1934 e verbleiben, sondern das ehelich gewordene Kind und seine Abkömmlinge sind nach dem Vater ebenso zur Erbfolge berufen, wie diese nach dem Kind und seinen Abkömmlingen erben[40].

b. Sind daher im Ergebnis die als vorzeitiger Erbaus-

---

38) Siehe oben S. 12o.

39) Vgl. dazu Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 5. Wahlperiode, zu Drucksache V 237o S. 18 f.

4o) Siehe Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 e Rdn. 5; BGB-RGRK-Kregel § 1934 e Rdn. 3; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 13; Kumme, ZBlJR 1974 S. 24.

gleich geleisteten Zahlungen bei einem dem Erbausgleich nachfolgenden Statuswechsel durch Legitimation nicht nur von der rechtspolitischen Zielsetzung her, sondern auch rechtlich einer Ausstattung i. S. des § 1624 gleichzustellen, ergibt sich zwangsläufig, daß das Kind das auf diese Weise Erlangte ebenso wie ein von vornherein eheliches Kind nach §§ 2o5o Abs. 1, 2o51 Abs. 1 zur Ausgleichung zu bringen hat[41]; dies gilt nach § 2315 ebenfalls für die Anrechnung auf den Pflichtteil[42]. Zwar setzt § 2315 grds. eine zumindest konkludente diesbezügliche Erklärung des Erblassers voraus, die bei Erbausgleichszahlungen regelmäßig nicht vorliegt, da die Möglichkeit eines Pflichtteilsrechts des Kindes nach Zustandekommen des Erbausgleichs doch gerade nicht bedacht wird[43]. Es ist aber insofern eine entsprechende Anwendung des § 2315 geboten, als der Vater bei seinen Zahlungen davon ausgeht, das Kind sei überhaupt nicht mehr pflichtteilsberechtigt, so daß die Zahlungen nach seinem Willen nicht nur auf den Pflichtteil angerechnet, sondern ihn sogar ersetzen sollen.

c. Zu klären bleiben jedoch zwei Fragen - zum einen, ob der Vater bereits geleistete Zahlungen zurückverlangen kann; zum zweiten, ob dem Vater, falls er den rechtskräftig zugesprochenen oder notariell vereinbarten Erbausgleich noch nicht oder nicht vollständig geleistet hat, nach der Status-

---

41) Vgl. Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 13; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 e Rdn. 5; BGB-RGRK--Kregel § 1934 e Rdn. 3; Lutter § 3 IX 2 c S. 91; Jäger, FamRZ 1971 S. 5o9, 511; Kumme, ZBlJR 1974 S. 24.

42) Siehe auch Jäger, FamRZ 1971 S. 5o9; Lutter § 3 IX 2 c S. 91.

43) A. A. wohl Jäger, Lutter aaO (Fn. 42); ebenfalls Odersky § 1934 d Anm. VII 3.
Nach herkömmlicher Rechtsgeschäftslehre ist für das Vorliegen einer konkludenten Erklärung ein äußerer und ein innerer Tatbestand erforderlich (vgl. Enneccerus-Nipperdey § 153 III S. 944); hier liegt aber regelmäßig noch nicht einmal ein äußerer Tatbestand vor, der den Schluß auf einen bestimmten inneren Tatbestand zuließe.

änderung des Kindes ein Leistungsverweigerungsrecht zuzubilligen ist.

aa. Was die erste Frage betrifft, so kommt im Fall des rechtskräftig zugesprochenen Urteils eine Rückforderung des Ausgleichsbetrages ohnehin nicht in Betracht. Wurde hingegen ein Erbausgleich notariell vereinbart, könnte man entweder eine entsprechende Anwendung von § 323 Abs. 1, Abs. 3 unter dem Aspekt der "im Rahmen eines vorzeitigen Erbausgleichs nach §§ 1934 d, 1934 e nachträglich unmöglich gewordenen Erbverzichtsleistung des Kindes"[44] oder eine Heranziehung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage[45] erwägen.

Beide Gesichtspunkte vermögen jedoch letztlich ein Rückforderungsrecht des Vaters nicht zu begründen. Für eine entsprechende Anwendung des § 323 wäre erforderlich, daß die Voraussetzungen eines Analogieschlusses vorlägen; und die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage sind so lange subsidiär, wie für den Tatbestand, der als Wegfall der Geschäftsgrundlage gewertet werden und die dafür in Betracht kommenden Rechtsfolgen auslösen könnte, gesetzliche oder vertragliche Sonderregeln eingreifen[46]. Versteht man mit der hier vertretenen Ansicht die geleisteten Erbausgleichszahlungen nach der Statusänderung wertungsmäßig als die einem ehelichen Kind geleistete Ausstattung, so müssen dann aber auch die §§ 2o5o Abs. 1, 2o51 Abs. 1, 2315 insoweit als Spezialregelung verstanden werden, die sowohl einem

---

44) Grds. für die Anwendung der §§ 32o ff auf die Vereinbarung über den Erbausgleich: Ebert. S. 21; Brox Rd. 85; Odersky § 1934 d Anm. V 6; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 5; Bosch, FamRZ 1972 S. 178.
Siehe dazu insbesondere auch noch unten S. 148 f.

45) So Jäger, FamRZ 1971 S. 51o.

46) Siehe dazu Soergel-Siebert-Knopp § 242 Rdn. 412; Medicus § 7 S. 6o ff; vgl. auch Larenz (Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung) S. 2o ff.

Analogieschluß als auch einer Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage entgegenstehen[47]. Anderenfalls entstünde ein schwer verständlicher Wertungswiderspruch - die den ehelichen Kindern geleistete Ausstattung kann der Vater ja auch nicht zurückfordern.

bb. Bezüglich der zweiten Frage ist davon auszugehen, daß der Vater - das Bestehen einer Einrede vorausgesetzt - sowohl beim durch rechtskräftiges Urteil zugesprochenen als auch beim notariell vereinbarten Erbausgleich wirksam die Erfüllung der Ausgleichsforderung verweigern kann, und zwar entweder durch bloßes Geltendmachen der Einrede oder im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO[48]. Ob allerdings mit der Statusänderung des Kindes wirklich ein Leistungsverweigerungsrecht des Vaters entstanden ist[49], wird sich nur unter Berücksichtigung der Tatsache, daß nunmehr die Zahlungen rechtlich als Ausstattung und das Kind als eheliches anzusehen sind, entscheiden lassen. Wer hier etwa in Anlehnung an herkömmliche Rechtsfiguren auf eine entsprechende Anwendung des § 32o zurückgreifen wollte - das Kind könnte ja noch nach §§ 2346 ff auf sein Erbrecht verzichten -, sieht sich dazu zwar durch den dem vorzeitigen Erbausgleich zugrunde liegenden Austauschgedanken[5o] veranlaßt; die Zubilligung eines Leistungsverweigerungsrechts analog § 32o muß aber spätestens an der Besonderheit scheitern, daß aufgrund der Statusänderung des Kindes der Erbausgleich als Ausstattung zu verstehen ist, der

47) A. A. Jäger, FamRZ 1971 S. 51o.

48) Nach §§ 797 Abs. 4, 767 ZPO gilt dies auch dann, wenn der Vater sich in der notarielle Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

49) Bejahend Jäger, FamRZ 1971 S. 51o.

5o) Vgl. dazu insbesondere noch unten S. 145 ff.

grds. jegliche synallagmatische Verknüpfung fremd ist. Läßt sich daher auf diese Weise für vorliegende Frage keine maßgebliche Aussage treffen, liegt die Lösung in folgender Überlegung:

Der entscheidende Zeitpunkt für die Behandlung des ne. Kindes als eheliches wird bestimmt durch die Statusänderung. Von diesem Zeitpunkt an gilt das Kind rechtlich als eheliches und ist in diesem Sinne einem ehelichen völlig gleichgestellt. Dem entspricht es, daß auch die bereits geleisteten Ausgleichszahlungen mit der Statusänderung rechtlich als Ausstattung zu werten sind. Daraus muß sich aber ebenso ergeben, daß auch noch nicht erbrachte Ausgleichszahlungen nunmehr ebenfalls rechtlich einer Ausstattung gleichstehen; d. h. ebenso wie von vornherein eheliche Kindern keinen Rechtsanspruch auf eine Ausstattung haben, vielmehr auf freiwillige Ausgleichsleistungen des Vaters vertrauen dürfen und müssen, darf auch das ehelich gewordene Kind nicht gegen die Gefahr der Nichtleistung der Ausstattung geschützt sein. Hier eine andere Betrachtungsweise anzulegen, ist durch nichts gerechtfertigt. Es ist nicht der Sinn des NEG, das ne. Kind den ehelichen gegenüber zu bevorzugen, sondern das Gesetz will eine möglichst weitgehende Gleichstellung erreichen. Ebenso wie das Kind durch die Legitimation den Vorteil der Beendigung der Wirkungen aus § 1934 e erlangt, muß es auch den Nachteil hinnehmen, daß ehelichen Kindern kein Rechtsanspruch auf Ausstattung zusteht; das kann in vorliegendem Zusammenhang nur bedeuten, daß es in das Belieben des Vaters zu stellen ist, ob und wann er dem ehelich gewordenen Kind eine Ausstattung zukommen lassen will. Im Ergebnis hat man dem Vater daher ein Leistungsverweigerungsrecht zuzubilligen.

2. Der Einfluß nachfolgender Adoption auf den zustande gekommenen Erbausgleich[51)]

a. Das volljährige ne. Kind erlangt durch die Adoption nach §§ 1767 Abs. 2, 1754, 177o grds. die Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden. Gleichwohl sind im Vergleich zur Legitimation gerade in erbrechtlicher Hinsicht die durch die Adoption beeinflußten Beziehungen ungleich diffiziler[52)].

aa. Zunächst bedarf jedoch folgender Fall einer gesonderten Beurteilung:
Das Vormundschaftsgericht kann nach § 1772 Abs. 1 Ziff. c auf Antrag des Annehmenden und des Anzunehmenden bestimmen, daß sich die Wirkungen der Annahme des volljährigen Kindes nach den Vorschriften über die Annahme eines Minderjährigen oder eines verwandten Minderjährigen richten (§§ 1754 bis 1756). Liegen diese Voraussetzungen vor, so erscheint es ohnehin geboten, die Frage des Einflusses nachfolgender Adoption auf den zustande gekommenen Erbausgleich ebenso zu beantworten wie die des Einflusses nachfolgender Legitimation[53)]. Denn nach den Vorschriften über die Annahme Minderjähriger soll das Kind ohne Einschränkung in die Familie des Annehmenden eingegliedert und nicht anders als ein leibliches, legitimiertes Kind behandelt werden[54)].

bb. Richten sich die Wirkungen der Adoption hingegen allein nach den Vorschriften über die Annahme Volljähriger, also insbesondere nach § 177o, so gestalten sich in erbrechtli-

---

51) Siehe dazu auch insbesondere Jäger, FamRZ 1971 S. 5o8 ff.

52) Zu den Wirkungen der Adoption Volljähriger vgl. Engler, FamRZ 1976 S. 592; Beitzke § 33 VII S. 24o.

53) Siehe dazu oben S. 118 ff.

54) Vgl. insbesondere §§ 1754 bis 1757; vgl. auch Engler, FamRZ 1976 S. 588 f.

cher Hinsicht die durch die Adoption beeinflußten Beziehungen - ohne Berücksichtigung der möglichen Auswirkungen auf die Rechtsfolgen des § 1934 e - im wesentlichen wie folgt:

Zum einen erhält das an Kindes Statt angenommene ne. Kind mit der Adoption ein Erbrecht nach dem Vater (§§ 1767 Abs. 2, 1770 Abs. 1 S. 1), und dies gilt ebenfalls für die Abkömmlinge des Kindes[55]. Auch der Annehmende ist nunmehr - anders als nach § 1759 a. F. - nach dem Angenommenen erbberechtigt. Zum anderen führt § 1770 Abs. 2 dazu, daß zwei verwandtschaftliche Tatbestände zwischen adoptiertem ne. Kind und seinen Abkömmlingen einerseits und seinem Vater andererseits begründet sind - einmal der durch die Adoption entstandene, zum zweiten der nach § 1770 Abs. 2 durch die Adoption unberührt bleibende Tatbestand der kraft Gesetzes bestehenden Verwandtschaft. Auch die erbrechtlichen Beziehungen des adoptierten ne. Kindes und seiner Abkömmlinge zu ihren Verwandten bleiben also nach § 1770 Abs. 2 weiterhin bestehen.

Der zweifache verwandtschaftliche Tatbestand hat aber nicht zur Folge, daß nach § 1927 auch eine Berufung zu mehreren gesetzlichen Erbteilen in Betracht käme; hier ist vielmehr von einer einheitlichen Verwandtschaft zwischen Vater und adoptiertem Kind auszugehen, die lediglich auf verschiedenen Rechtsgründen beruht[56]. Außerdem erlangt das ne. Kind durch die Adoption den Status eines ehelichen Kindes, für dessen Verwandtschaftsbeziehungen und damit auch für dessen Erbrecht in § 1770 besondere Regelungen getroffen sind. Hin-

---

55) Nach § 1767 a. F. war hinsichtlich der Wirkungen der Adoption zwischen zur Zeit der Adoption bereits vorhandenen und erst nach der Adoption geborenen Abkömmlingen zu unterscheiden.

56) Siehe Jäger, FamRZ 1971 S. 508; so auch für den schon vor der Streichung des § 1589 Abs. 2 möglichen Fall, daß die Mutter ihr ne. Kind adoptiert, Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1927 Rdn. 2; Staudinger-Lehmann § 1927 Rdn. 4; Planck-Flad § 1927 Anm. 2.

sichtlich des Erbrechts des von seinem Vater adoptierten Kindes nach dem Vater hat daher nach der Statusänderung das durch die Adoption begründete "Ehelichenerbrecht" zu gelten[57]. Das gleiche trifft für die Abkömmlinge des ne. Kindes zu, auf die sich die Annahmewirkungen ebenfalls erstrecken. Schließlich ist festzustellen, daß sowohl der Vater und - entgegen § 177o Abs. 1 - auch die Verwandten des Vaters nach § 177o Abs. 2 nach dem Kinde erbberechtigt sind. Das Erbrecht nach dem Angenommenen beruht hier schon auf dem kraft Gesetzes bestehenden Verwandtschaftsverhältnis, eines besonderen "Adoptionserbrechts" bedarf es deshalb nicht.

b. Zu untersuchen bleibt, wie sich diese von der Legitimation abweichende Rechtslage auf die Frage auswirkt, ob § 1934e auch dann anwendbar ist, wenn der Vater das Kind erst nach Zustandekommen des Erbausgleichs adoptiert.

aa. Da das volljährige ne. Kind auch durch die Adoption grds. die Stellung eines ehelichen Kindes des Vaters erlangt, darf eine von der Rechtslage bei nachfolgender Legitimation abweichende Betrachtungsweise nur geboten sein, falls die differenzierten Rechtsfolgen der Adoption dies erforderlich machen. Das ist, zumindest was die Frage des Ausschlusses des Erbrechts des Kindes und seiner Abkömmlinge nach dem Vater betrifft, nicht der Fall. Das ne. Kind und seine Abkömmlinge erlangen nämlich durch die Adoption aus einem neuen Rechtsverhältnis ein Erbrecht, durch das das grds. nach § 177o Abs. 2 weiterbestehende, kraft Gesetzes mit der Geburt entstandene Erbrecht verdrängt wird, während die Rechtsfolgen des § 1934 e nur das in § 177o Abs. 2 gemeinte, mit der Geburt entstandene Erbrecht betreffen. Insoweit läßt sich also

57) Siehe (zu §§ 1757 ff a. F.) Jäger, FamRZ 1971 S. 5o8.

festhalten, daß zumindest das durch die Adoption begründete Erbrecht des an Kindes Statt Angenommenen und seiner Abkömmlinge von den Rechtsfolgen des § 1934 e nicht erfaßt werden[58]).

bb. Zu klären ist somit allein noch, ob es bei den Rechtsfolgen des § 1934 e insofern verbleibt, als die anderen in § 1934 e angesprochenen erbrechtlichen Beziehungen auch weiterhin ausgeschlossen sind[59]). Die Frage bezieht sich demnach zum einen auf das Erbrecht des Vaters nach dem Kinde und zum zweiten auf die erbrechtlichen Beziehungen des ne. Kindes und seiner Abkömmlinge zu den Verwandten des Vaters.

Für die Aufrechterhaltung des in § 1934 e angeordneten Ausschlusses dieser erbrechtlichen Beziehungen scheint insbesondere zu sprechen, daß die bisherigen Verwandtschaftsbeziehungen nach § 177o Abs. 2 grds. unberührt bleiben; denn diese Verwandtschaftsbeziehungen, die auf der Grundlage der Geburt entstanden und somit gewissermaßen als "Nichtehelichenverwandtschaft" erhalten bleiben, sind es, die den in § 1934 e angesprochenen erbrechtlichen Beziehungen zugrunde liegen und grds. entsprechend dem erbrechtlichen Zweck[6o]) des vorzeitigen Erbausgleichs gerade ausgeschlossen sein sollen. Es ist jedoch ebenfalls zu berücksichtigen, daß das ne. Kind durch die Adoption nach §§ 1767, 1754 grds. die Stellung eines ehelichen erlangt. Aufgrund dieser Wertung ist eine Betrachtungsweise, die von der Rechtslage im Fall der dem Erbausgleich nachfolgenden Legitimation abweicht, nur gerechtfertigt, wenn die Besonderheiten des Rechts der

---

58) Vgl. dazu (insoweit allerdings noch zur bis zum 31. 12 1976 geltenden Rechtslage) Soergel-Siebert-Schippel § 1934 e Rdn. 5; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 e Rdn. 5

59) Nach Erman-Bartholomeyczik-Schlüter aaO (Rdn. 58) soll das gleiche wie bei der Legitimation nur für das Erbrecht des Kindes gelten.

6o) Siehe oben S. 14.

Adoption Volljähriger es erfordern.
In dieser Hinsicht ist jedoch zunächst folgendes zu bedenken: Die Adoption eines volljährigen ne. Kindes durch seinen Vater ist ein Sonderfall, für den eine Geltung der Vorschriften, die die sog. Volladoption betreffen, ebenso in Betracht kommt. Dies bringt das Gesetz selbst zum Ausdruck, wenn es in § 1772 Abs. 1 Ziff. c die Anwendung der §§ 1754 bis 1756 ermöglicht. Berücksichtigt man dabei, daß bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1772 Abs. 1 Ziff. c die gleiche rechtliche Beurteilung geboten ist wie im Fall einer dem Erbausgleich nachfolgenden Legitimation[6oa)], so wird dadurch zumindest indiziert, auch bei Geltung der Vorschriften über die Wirkungen der Adoption Volljähriger nicht anders zu entscheiden.
Außerdem besteht aufgrund der schon vor der Adoption begründeten Verwandtschaft von Vater und ne. Kind die Besonderheit, daß verwandtschaftliche Beziehungen zwischen dem Kind und seinen Abkömmlingen einerseits und dem Vater und dessen Verwandten andererseits in gleichem Umfang vorliegen, wie wenn das Kind von vornherein ehelich geboren oder nachträglich legitimiert worden wäre. Hier gleichwohl zwischen dem kraft Gesetzes entstandenen und dem durch die Adoption begründeten Verwandtschaftsverhältnis zu unterscheiden, erscheint daher wenig sinnvoll, zumal sich in einem derartigen Fall der rechtspolitische Zweck des § 1934 e nach der Adoption regelmäßig ebenso erübrigt hat wie beim legitimierten Kind[6ob)].

c. Es ist somit auch für den Fall der dem Erbausgleich nachfolgenden Adoption im Ergebnis festzuhalten, daß die Wirkungen des § 1934 e mit der Adoption beendet sind[61)]. Dies

---

6oa) Vgl. dazu oben S. 126.

6ob) Siehe dazu auch Jäger, FamRZ 1971 S. 5o9.

61) Zur Frage der ex-nunc- oder ex-tunc-Wirkung der Beseitigung der Wirkungen aus § 1934 e siehe im einzelnen noch unten S. 138.

gilt nicht nur für das Erbrecht des Kindes nach dem Vater, sondern für die gesamten erbrechtlichen Beziehungen des in § 1934 e angesprochenen Personenkreises; und was die Frage der Ausgleichung nach §§ 2o5o Abs. 1, 2o51 Abs. 1, 2315, das Rückforderungs- und Leistungsverweigerungsrecht betrifft, müssen die für die Rechtslage bei nachfolgender Legitimation aufgezeigten Grundsätze auch hier entsprechend zur Anwendung kommen[62].

C. Die Beseitigung der Wirkungen aus § 1934 e

Zwei untrennbare Fragenkreise sind es, die Gegenstand und Gang der folgenden Untersuchung maßgeblich beeinflussen. Dabei geht es sowohl darum, ob und unter welchen Voraussetzungen der Vater und das ne. Kind - entweder allein, oder einverständlich - den einmal herbeigeführten, aber nun nicht mehr gewollten Erbrechtsausschluß des § 1934 e beseitigen können. Es ist in diesem Zusammenhang aber auch unerläßlich zu untersuchen, welche Wirkungen eine solche Aufhebung im Einzelfall hat, ob nämlich ihre Wirkungen ex tunc eintreten mit der Folge, daß bereits vollzogene Erbfolgen, die von der Regelung des § 1934 e beeinflußt wurden, nachträglich anders zu beurteilen sind, oder ob die Aufhebung ex nunc erfolgt, so daß sich u. U. die Erbfolge nach von § 1934 e erfaßten Personen unterschiedlich vollzieht.

I. Die grds. Zulässigkeit der Aufhebung des Erbrechtsausschlusses und die Wirkungen der Aufhebung

1. Klarstellend sei auf folgendes hingewiesen: Der in § 1934 e angeordnete Erbrechtsausschluß ist Rechtsfolge des wirksam zustande gekommenen Erbausgleichs. Die Folgen des § 1934 e

---

62) Siehe dazu im einzelnen oben S. 122 ff.

treten nur ein, wenn zur Zeit des Erbfalls die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Rechtsfolgeregelung vorliegen[63]. Rechtstechnisch ist daher für eine Aufhebung des Erbrechtsausschlusses eine Beseitigung der bereits erfüllten Tatbestandsvoraussetzungen des § 1934 e erforderlich. Dies ist ohne weiteres dadurch möglich, daß die in der Erbausgleichsvereinbarung abgegebenen Willenserklärungen vom Vater oder vom ne. Kind berechtigterweise angefochten werden oder das Urteil, falls der Erbausgleich rechtskräftig zugesprochen ist, im Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben und damit das Ausgleichsverlangen nach § 1934 d Abs. 4 S. 2 wieder zurücknehmbar wird[64]. Ebenfalls verbleibt es bei dem in § 1934e angeordneten Erbrechtsausschluß dann nicht, wenn das Kind nach dem Zustandekommen des Erbausgleichs durch Adoption oder Legitimation den Status eines ehelichen Kindes des Vaters erlangt[65]. Hier fehlt es dann an der Erfüllung des für die Rechtsfolgeregelung des § 1934 e erforderlichen ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals "der Nichtehelichkeit zur Zeit des Erbfalls". In dieser Hinsicht ist die Frage der Zulässigkeit der Beseitigung des Erbrechtsausschlusses unproblematisch und bedarf keiner näheren Erläuterung[66].

2. Zweifelhaft jedoch ist, ob Vater und ne. Kind auf sonstige Weise, insbesondere durch Aufhebungsvertrag, den in § 1934 e angeordneten Erbrechtsausschluß beseitigen können.

a. Für den durch rechtskräftiges Urteil zustande gekommenen Erbausgleich muß man dies von vornherein verneinen[67]. Hier

---

63) Siehe dazu oben S. 1o6 f.

64) Vgl. schon oben S. 1o7.

65) Siehe dazu im einzelnen oben S. 115 ff.

66) Zur Frage der ex-nunc- oder ex-tunc-Wirkung dieser Beseitigung vgl. aber noch unten S. 138.

67) So wohl auch Odersky § 1934 d Anm. V 8; Lutter § 3 IX 2 b S. 89; Palandt-Keidel § 1934 d. Anm. 5; Christiansen S. 231; Ebert S. 22.

läßt sich, außer durch Wiederaufnahme des Verfahrens, am Tatbestand des Erbrechtsausschlusses nichts mehr ändern, so daß die Folgen des § 1934 e nur durch Testament zu verhindern sind. Hätte der Gesetzgeber anders verstanden werden wollen, wäre eine ausdrückliche Regelung erforderlich gewesen.

b. Für den vereinbarten Erbausgleich hingegen kommen als Möglichkeiten der nachträglichen Beseitigung der Tatbestandsvoraussetzungen in Betracht zum einen die Aufhebung der Erbausgleichsvereinbarung durch Vertrag, zum anderen der Eintritt einer in der Erbausgleichsvereinbarung vereinbarten auflösenden Bedingung und schließlich die Ausübung eines vertraglich vereinbarten oder u. U. sogar gesetzlichen Rücktrittsrechts. Dabei scheint sich insbesondere hinsichtlich eines gesetzlichen Rücktrittsrechts sogleich eine Untersuchung bezüglich einer Anwendbarkeit des § 326 für den Fall der Nichtleistung des Ausgleichsbetrages aufzudrängen[68]. Gleichwohl darf nicht verkannt werden, daß es für all diese in Erwägung zu ziehenden Möglichkeiten der nachträglichen Beseitigung des Erbrechtsausschlusses vorrangig eine Frage zu beantworten gilt, und zwar, ob die Parteien grds. - außer in den oben[69] als unproblematisch aufgezeigten Fällen - überhaupt berechtigt sind, nach zustande gekommenem Erbausgleich die Vereinbarung aufzuheben und damit das Eintreten der Rechtsfolgen des § 1934 e zu verhindern.

Im Schrifttum wird diese Frage überwiegend und meist ohne Begründung bejaht und dabei offenbar als gänzlich unproblematisch abgetan[70]. Daß diese Frage jedoch zumindest einer

---

68) Siehe dazu aber noch unten S. 14o ff.

69) S. 132.

7o) Vgl. Ebert S. 22; Christiansen S. 231; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 5; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 e Rdn. 3; Odersky § 1934 d Anm. V 8.

näheren Untersuchung bedarf, dazu gibt Anlaß der umfassende Erbrechtsausschluß des § 1934 e. Die Rechtsfolgen des zustande gekommenen Erbausgleichs erschöpfen sich nämlich nicht im Ausschluß des gegenseitigen Erbrechts der am Erbausgleich beteiligten Parteien (Vater und Kind), vielmehr hat der Erbausgleich wegen der Einbeziehung der Abkömmlinge des Kindes und der väterlichen Verwandten in die erbrechtlichen Rechtsfolgen Drittwirkung; und die aufgrund dieser Drittwirkung bei der nachträglichen Beseitigung des Erbrechtsausschlusses auftretenden Schwierigkeiten, die vom Gesetzgeber in der Eile des Gesetzgebungsverfahrens offensichtlich nicht erkannt worden sind, machen die Zulässigkeit einer Aufhebung der Wirkungen aus § 1934 e zweifelhaft. Das zeigt deutlich das Beispiel, mit dem in der Literatur[71] wie folgt argumentiert wird:
Im Fall der Zulässigkeit eines ex-tunc-Eingriffs in den Erbrechtsausschluß des § 1934 e wären Vater und ne. Kind - wenn z. B. der Großvater väterlicherseits den Vater durch Testament enterbt hat - imstande zu erreichen, daß der verstorbene Großvater vom ne. Kind dadurch beerbt wird, daß Vater und ne. Kind den früher vereinbarten vorzeitigen Erbausgleich aufheben und sich den Vermögensanfall teilen; und ließe man nur einen ex-nunc-Eingriff zu, würde auf diese Weise zwar ein derartiges Ergebnis vermieden. Die Folge aber wäre, daß sich die gesetzliche Erbfolge nach dem Großvater väterlicherseits anders vollzieht als nach der kurz darauf verstorbenen Großmutter. Man müsse daher insgesamt davon ausgehen, daß die erbrechtlichen Wirkungen des einmal wirksamen Erbausgleichs weder durch Vereinbarung noch durch Rücktritt noch durch eine auflösende Bedingung beseitigt werden könnten.

---

71) Lutter § 3 IX 2 b S. 89.

c. Zu dieser Problematik ist kritisch in folgender Weise Stellung zu nehmen:
Der Gesetzgeber hat die Frage der nachträglichen Beseitigung des in § 1934 e angeordneten Erbrechtsausschlusses offenbar überhaupt nicht gesehen, sei es, daß er davon ausging, die Parteien würden ohnehin am Erbrechtsausschluß nichts mehr ändern wollen, sei es, daß er die Drittwirkung des § 1934 e und die damit verbundenen Schwierigkeiten nicht bedacht hat. Anders ist es nicht zu erklären, daß eine diesbezügliche, die Rechtslage klarstellende Regelung nicht vorhanden ist; denn weder existiert eine dem für den Erbverzicht geltenden § 2351 entsprechende Vorschrift, noch gibt es eine Norm, die eine nachträgliche einverständliche Aufhebung der Erbausgleichsvereinbarung untersagt. Daher mag die folgende Überlegung die maßgeblichen Gesichtspunkte aufzeigen, die bei der Antwort auf vorliegende Frage zu berücksichtigen sind.

aa. Wenn es Zweck des § 1934 e ist, die erbrechtlichen Beziehungen zwischen dem ne. Kind und seinen Abkömmlingen einerseits und dem Vater und dessen Verwandten andererseits vorzeitig zu bereinigen, so liegt der gesetzlichen Regelung sicher die gesetzgeberische Erwartung zugrunde, daß der wirksam zustande gekommene Erbausgleich ein für allemal die in § 1934 e angesprochenen erbrechtlichen Beziehungen beseitigt. Wird beim rechtskräftig zugesprochenen Erbausgleich diese Erwartung dadurch erfüllt, daß die Parteien die Rechtskraft des Urteils als Tatbestandsmerkmal des § 1934 e grds. nicht mehr beseitigen können[72]; wäre eine Beseitigung der Voraussetzungen des Erbrechtsausschlusses beim vereinbarten Erbausgleich zumindest nach den

72) Siehe dazu schon oben S. 132 f.

herkömmlichen, allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre möglich. Eine Heranziehung dieser allgemeinen Grundsätze aber abzulehnen, darf - bedenkt man, daß beim dem Erbausgleich verwandten Erbverzicht eine Aufhebung unter den Voraussetzungen des § 2351 ohne weiteres möglich ist - nur geboten sein, wenn der im Vergleich zum Erbverzicht sich auf einen größeren Personenkreis erstreckende gegenseitige Erbrechtsausschluß des § 1934 e dies erforderlich macht; und das könnte lediglich unter zwei Gesichtspunkten der Fall sein - einmal, wenn eine nachträgliche Aufhebung wegen der Drittwirkung des Erbausgleichs der Rechtsklarheit[73] abträglich ist, zum zweiten, wenn die Aufhebung schutzwürdige Interessen der in die Rechtswirkungen des § 1934 e einbezogenen Personen berührt.

bb. Was die Zeit bis zum Eintritt des ersten von den Rechtsfolgen des § 1934 e beeinflußten Erbfalls betrifft, werden weder Rechtsklarheit noch irgendwelche geschützten Interessen tangiert; denn Voraussetzung für das Eintreten der Wirkungen aus § 1934 e ist, daß zur Zeit des Erbfalls eine wirksame Vereinbarung über den Erbausgleich vorliegt.

Ist dagegen nach dem Zustandekommen des Erbausgleichs bereits ein Erbfall nach einer von § 1934 e erfaßten Person eingetreten, ergeben sich Schwierigkeiten, die eine differenzierte Betrachtungsweise erforderlich machen; und zwar wird man bezüglich der Frage der grds. Zulässigkeit der Beseitigung des Erbrechtsausschlusses zwischen einer möglichen Aufhebung mit ex-nunc- oder ex-tunc-Wirkung unterscheiden müssen[74]. Dabei ist unter Berücksichtigung des oben[75] auf-

---

73) Siehe dazu auch Odersky § 1934 d Anm. V 8.

74) Die Autoren, die für eine Zulässigkeit der Aufhebungsvereinbarung eintreten, machen diese Unterscheidung offenbar nicht (vgl. Ebert S. 22; Christiansen S. 231; Odersky § 1934 d Anm. V 8; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 5).

75) S. 134.

geführten Beispielsfalls zumindest eine Aufhebung der Folgen des § 1934 e mit ex-tunc-Wirkung abzulehnen. Einerseits hat nämlich der Erblasser ein schutzwürdiges Interesse daran, grds. wissen zu können, wer ihn als gesetzlicher Erbe beerbt; andererseits bedürften sonst u. U. bereits abgewickelte Erbfolgen nachträglich einer diffizilen Korrektur, so daß durch Vater und Kind auf diese Weise eine verworrene Rechtslage geschaffen würde. Und gegen die Möglichkeit einer ex-nunc-Aufhebung des Erbrechtsausschlusses scheint das oben erwähnte Beispiel ebenfalls insofern zu sprechen, als sich sonst die Erbfolgen nach den von § 1934 e erfaßten Personen vor und nach Aufhebung des Erbausgleichs unterschiedlich vollzögen. Hier muß man jedoch zum einen bedenken, daß dies schon deshalb keine Besonderheit ist, weil ohne weiteres vor und nach dem Zustandekommen des Erbausgleichs die parallele Situation eintreten kann. Zum anderen werden durch eine ex-nunc-Aufhebung weder irgendwelche schützwürdige Interessen der von den Wirkungen aus § 1934 e erfaßten Personen berührt noch Unklarheiten bezüglich zukünftiger Erbfolgen geschaffen; naturgemäß führt sie auch zu keiner Beeinträchtigung bereits vollzogener Erbfolgen, bei denen das Nachlaßgericht im Rahmen des Antrags auf Ausstellung eines Erbscheins nur zu prüfen hatte, ob zur damaligen Zeit die Voraussetzungen des § 1934 e vorlagen. Dann aber ist kein Grund ersichtlich, den Parteien die Möglichkeit zu verwehren, nachträglich in den von ihnen vereinbarten Erbausgleich mit ex-nunc-Wirkung einzugreifen[76]).

3. Muß daher davon ausgegangen werden, daß Vater und ne. Kind berechtigt sind, den notariell vereinbarten Erbausgleich wieder aufzuheben und damit den Erbrechtsausschluß

---

76) A. A. Lutter § 3 IX 2 b S. 89.

mit ex-nunc-Wirkung zu beseitigen, bleibt an dieser Stelle zunächst zu klären, ob auch im Fall der Anfechtung, der Wiederaufnahme des Verfahrens und bei der dem Erbausgleich nachfolgenden Legitimation bzw. Adoption die Wirkungen der Beseitigung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1934 e ex nunc eintreten. Dabei wird wie folgt zu differenzieren sein:

Im Fall der Anfechtung nach §§ 119, 123 hat die Aufhebung des Erbrechtsausschlusses ex-tunc-Wirkung[77]. Das folgt aus § 142 Abs. 1, von dem abzuweichen nicht geboten erscheint. Anderenfalls wäre das Kind, das vom Vater durch arglistige Täuschung über den Wert der potentiellen Nachlaßbeteiligung zu einer Vereinbarung über den vorzeitigen Erbausgleich veranlaßt wurde und diese Täuschung erst nach dem Tode des Vaters bemerkt, schutzlos gestellt; das gleiche hat zu gelten im Fall der Wiederaufnahme des Verfahrens[78]. Auch hier sind aufgrund des Vorliegens eines Anfechtungsgrundes nach §§ 579, 58o ZPO die Interessen des Anfechtenden als schutzwürdig anzusehen; die möglicherweise auftretenden Schwierigkeiten bezüglich schon bereits abgewickelter Erbfolgen vermögen eine andere Betrachtungsweise nicht zu rechtfertigen.

Hingegen wird eine dem Erbausgleich nachfolgende Legitimation oder Adoption durch den Vater den Erbrechtsausschluß nur ex nunc beseitigen und bereits vollzogene Erbfolgen nicht mehr beeinträchtigen. Die Voraussetzungen des § 1934 e lagen zur Zeit des Erbfalls vor, das Kind war nichtehelich, und die Parteien hatten den Erbrechtsausschluß als gegeben hingenommen, so daß die bloße Statusänderung keine Veranlassung gibt, nachträglich in u. U. bereits völlig abgewickelte Erbfolgen einzugreifen.

---

77) So offenbar auch die allgemeine Ansicht; vgl. Körting, NJW 197o S. 1526; Christiansen S. 231; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 e Rdn. 3; Lutter § 3 IX 2 a S. 88; Palandt-Keidel § 1934 e Anm. 1; BGB-RGRK-Kregel § 1934 e Rdn. 2; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 e Rdn. 2.

78) So wohl auch Körting, Lutter, Erman-Bartholomeyczik-Schlüter, Palandt-Keidel, BGB-RGRK-Kregel aaO (Fn. 77).

II. Sonderfragen

1. In formeller Hinsicht ist als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Vereinbarung, die den Erbrechtsausschluß des § 1934 e beseitigt, in entsprechender Anwendung des § 1934 d Abs. 4 S. 1 die notarielle Beurkundung zu fordern[79]. Der Gesetzgeber hat die Frage der nachträglichen Aufhebung des vorzeitigen Erbausgleichs übersehen, und Sinn und Zweck der notariellen Beurkundung - insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Warn- und Beweisfunktion - lassen dies geboten erscheinen. Indes braucht § 2351 nicht herangezogen zu werden, da nach der Wertung des § 1934 d Abs. 4 S. 1 Vereinbarungen über einen vorzeitigen Erbausgleich nicht den strengeren Formerfordernissen des Erbverzichts zu unterstellen sind[80].

2. Da Vater und ne. Kind imstande sind, den vereinbarten Erbausgleich einverständlich aufzuheben, können sie auch ohne weiteres eine auflösende Bedingung - z. B. Nichtzahlung des Ausgleichsbetrages bis zu einem bestimmten Zeitpunkt - oder ein vertragliches Rücktrittsrecht in die Erbausgleichsvereinbarung mit aufnehmen[81]. Hierbei ist dann zum einen zu beachten, daß eine auf diese Weise eingetretene Beseitigung des Erbrechtsausschlusses aus den gleichen Erwägungen heraus ebenso wie im Fall eines Aufhebungsvertrages[82] nur ex-nunc-Wirkung hat und bereits vollzogene Erbfolgen nicht beeinträchtigt. Zum anderen wird man davon auszugehen haben, daß eine derartige Aufhebung der Wirkun-

---

79) So auch Odersky § 1934 d Anm. V 8; Christiansen S. 231.

80) Siehe dazu schon oben S. 114.

81) Siehe auch Schramm, BWNotZ 1970 S. 14; Firsching, DNotZ 1970 S. 534; Christiansen S. 225; Odersky § 1934 d Anm. V 8; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 e Rdn. 3. Gänzlich ablehnend Lutter § 3 IX 2 b S. 89.

82) Vgl. oben S. 137.

gen aus § 1934 e nach dem Tode des Vaters oder des Kindes nicht mehr möglich und zulässig ist[83]. Dies gebieten nicht nur die sonst eintretenden Schwierigkeiten - die u. U. bereits abgewickelte Erbfolge bedürfte im nachhinein einer schwer durchführbaren Korrektur, was zu Rechtsunsicherheit und nicht selten zu Streitigkeiten zwischen den Erben und Pflichtteilsberechtigten führen würde -, es wird vielmehr auch gefordert vom Sinn und Zweck des Erbausgleichs, der einer vorzeitigen Bereinigung der in § 1934 e angesprochenen erbrechtlichen Beziehungen eben zu Lebzeiten des Vaters dienen und Streit zwischen dem ne. Kind und der Familie des Vaters gerade verhindern will.

3. Es bleibt in vorliegendem Zusammenhang der nachträglichen Beseitigung des Erbrechtsausschlusses des § 1934 e eine Frage zu beantworten, die durch folgendes veranlaßt wird: Das Zustandekommen des Erbausgleichs und der damit verbundene Erbrechtsausschluß sind unabhängig von der Leistung des Ausgleichsbetrages. Dadurch kann das Kind in die mißliche Lage geraten, für die Zukunft von der Erbfolge nach dem Vater ausgeschlossen zu sein, obwohl es den Erbausgleichsbetrag nicht erhalten hat, sei es, daß das Kind noch nicht vollstreckt hat, sei es, daß die Zwangsvollstrekkung fruchtlos verlaufen ist. Das Kind hat dann also wirtschaftlich gesehen seine Leistung in Form des Erbverzichts bereits erbracht, ohne dafür die erwartete Gegenleistung zu bekommen. Wurde der Erbausgleich rechtskräftig zugesprochen, vermag das Kind ohnehin an dieser Situation nichts mehr zu ändern. Haben Vater und Kind dagegen den Erbausgleich notariell vereinbart, fragt es sich, ob dem Kind zu Lebzeiten des Vaters[84] nach § 326 Abs. 1 ein gesetzliches

---

83) So für die Bedingung auch Christiansen S. 226; a. A. dazu wohl Soergel-Siebert-Schippel § 1934 e Rdn. 3; Schramm, BWNotZ 1970 S. 14; Firsching, DNotZ 1970 S. 534.

84) Nach dem Tode des Vaters ist ein Rücktritt ohnehin nicht mehr möglich (siehe oben S. 139 f).

Rücktrittsrecht zusteht.

a. In praktischer Hinsicht kommt der Frage regelmäßig keine solch große Bedeutung zu, wie es zunächst den Anschein hat[85]. Stirbt nämlich der Vater, nachdem der Anspruch in notarieller Urkunde oder im rechtskräftigen Titel festgesetzt wurde, so ist der Anspruch eine gewöhnliche, von den Erben zu erfüllende Nachlaßverbindlichkeit, die vor den Pflichtteilsansprüchen, vor den Ansprüchen aus Vermächtnissen und Auflagen und auch vor den Ansprüchen von Ersatzberechtigten zu befriedigen ist[86]. Das Kind stünde im Fall eines Rücktritts von der Erbausgleichsvereinbarung daher möglicherweise schlechter, als wenn es beim in § 1934 e angeordneten Erbrechtsausschluß verbleibt. Gleichwohl kann es für das ne. Kind schon deshalb sinnvoll sein, durch Rücktritt vom Erbrechtsausschluß loszukommen, weil sich die Rechtsfolgen des § 1934 e nicht nur im Verlust des Erbrechts nach dem Vater erschöpfen, sondern das Kind auch nach den Verwandten des Vaters nicht mehr zur gesetzlichen Erbfolge berufen und nicht mehr pflichtteilsberechtigt ist.

b. In der Literatur ist die vorliegende Problematik umstritten. Während auf der einen Seite eine direkte[87] oder doch zumindest eine entsprechende[88] Anwendung des § 326 bejaht wird, vertritt man andererseits die Meinung, § 326 sei nicht anwendbar[89]. Letztere Ansicht wird einmal damit

---

85) Anders insoweit beim entgeltlichen Erbverzicht, wenn z. B. die Abfindungsvereinbarung unwirksam oder die Leistung der Abfindung unmöglich geworden ist. Vgl. dazu Brox Rdn. 291; Medicus § 12 I 3 b S. 94.

86) Vgl. § 226 Abs. 1 KO; vgl. auch Christiansen S. 196 f; Ebert S. 25 f; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/1970 S. 13; siehe dazu auch schon oben S. 56 Fn. 91.

87) Odersky § 1934 d Anm. V 6; Ebert S. 21, 26; Brox Rdn. 85; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 5.

88) Bosch, FamRZ 1972 S. 178.

89) Lutter § 3 IX 2 b S. 89 Fn. 40; Christiansen S. 212 f; Jäger, FamRZ 1971 S. 510.

begründet, in die Wirkungen aus § 1934 e könne - entgegen der hier vertretenen Auffassung[90] - nach Zustandekommen des Erbausgleichs außer durch Anfechtung oder Wiederaufnahme des Verfahrens nicht mehr eingeriffen werden[91]; und zum zweiten wird eine Anwendung des § 326 deshalb abgelehnt, weil die Erbausgleichsvereinbarung kein gegenseitiger Vertrag i. S. der §§ 32o ff sei[92].

c. Stellungnahme:
Geht man mit der hier vertretenen Auffassung davon aus, daß nach dem Zustandekommen des Erbausgleichs ein Eingriff in den Erbrechtsausschluß mit ex-nunc-Wirkung zulässig ist, wird das Ergebnis maßgeblich davon beeinflußt, ob § 326 Abs. 1 von seinen Voraussetzungen direkt oder entsprechend anzuwenden ist.

aa. Voraussetzung für das Rücktrittsrecht nach § 326 Abs. 1 ist - abgesehen von Fristsetzung und Verzug -, daß der Schuldner im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages einer ihm obliegenden Hauptleistungspflicht[93] nicht nachkommt. Wenn der Vater als Schuldner den Ausgleichsbetrag nicht zahlt, ist § 326 Abs. 1 daher direkt anwendbar, falls es sich bei der Ausgleichsvereinbarung, die als zweiseitiges Rechtsgeschäft und damit als Vertrag zu verstehen ist[94], um einen gegenseitigen Vertrag i. S. der § 32o ff handelt.

Das kennzeichnende Merkmal des gegenseitigen Vertrages

---

90) Siehe oben S. 135 ff.

91) So Lutter § 3 IX 2 S. 88 f.

92) So Christiansen S. 212; Jäger, FamRZ 1971 S. 51o.

93) BGH NJW 1972 S. 99; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt § 326 Rdn. 5.

94) Siehe schon oben S. 1o7.
Damrau, FamRZ 1969 S. 588 Fn. 59, ist - zu Unrecht - der Ansicht, die Vereinbarung sei kein Vertrag.

i. S. der §§ 32o ff bezieht sich - bedenkt man, daß jeder Vertrag ein zumindest zweiseitiges Rechtsgeschäft ist - auf die Unterscheidung der Verträge nach ihren Wirkungen[95]. Da speziell in §§ 32o ff die Verträge angesprochen sind, in denen sich beide Vertragsparteien zu einer Leistung verpflichten, ist ein Vertrag dann als gegenseitiger i. S. der §§ 32o ff zu qualifizieren, wenn es sich um einen gegenseitig verpflichtenden Vertrag handelt. Bezüglich der notariellen Vereinbarung über den Erbausgleich ist deshalb für eine direkte Anwendung der §§ 32o ff und damit auch des § 326 zumindest erforderlich, daß sich Vater und ne. Kind vertraglich zu einer Leistung verpflichten.
Auf seiten des Vaters liegt diese Voraussetzung vor. Zwar ist der Vater schon kraft Gesetzes nach § 1934 d Abs. 1 zur Zahlung eines Erbausgleichs in Geld verpflichtet. Bedingt durch die regelungsmechanischen Besonderheiten der §§ 1934 d, 1934 e und die Funktion der notariellen Vereinbarung im System der §§ 1934 d, 1934 e wird aber diese Forderung in der notariellen Vereinbarung in ihrer Höhe endgültig - u. U. in Abweichung von § 1934 d Abs. 2 - festgesetzt[96], und zur Zahlung dieses Betrages verpflichtet sich der Vater. Was dagegen das ne. Kind betrifft, fehlt es am Erfordernis des sich zu einer Leistung Verpflichtens i. S. des § 326 Abs. 1. Das, was Anlaß zur Frage der Anwendbarkeit des § 326 gibt, nämlich der beim vorzeitigen Erbausgleich zu erbringende Erbverzicht des ne. Kindes, ist Rechtsfolge des wirksam zustande gekommenen Erbausgleichs. Weder Vater noch ne. Kind verpflichten sich daher in der Erbausgleichsvereinbarung zur Leistung eines Erbverzichts,

---

95) Vgl. Erman-Battes vor § 32o Rdn 1; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt § 32o Rdn. 1.

96) Siehe dazu insbesondere oben S. 46 ff.

sie müssen diesen vielmehr als Rechtsfolge notwendig in Kauf nehmen[97].

bb. Kann somit § 326 nicht direkt anwendbar sein, fragt sich gleichwohl, ob eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift geboten ist.

Den unter den Schuldrechtsverträgen am häufigsten zu findenden Verträgen - den gegenseitig verpflichtenden - liegt eine auf äquivalenten Leistungsaustausch gerichtete wirtschaftliche Intention der Vertragsparteien zugrunde. Jede Partei verpflichtet sich aus dem Grunde und zu dem Zweck, damit sich auch die andere verpflichtet[98]; um dieser Zielrichtung Rechnung zu tragen, dazu dienen die §§ 32o ff, die die Pflichten der Parteien entsprechend dem von den Parteien verfolgten Zweck als synallagmatische verbinden und dadurch ein Abhängigkeitsverhältnis von Leistung und Gegenleistung herstellen[99]. Insbesondere § 326 ist der gesetzgeberische Gedanke zu entnehmen, daß derjenige, der sich vertragstreu verhält, aufgrund der funktionellen Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung und der sich daher bei Nichtleistung des anderen Teils ergebenden Gefährdung des Vertragszwecks unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit haben muß, eine klare Rechtslage zu schaffen[1oo].

(1) Dieses speziell durch § 326 geschützte Interesse an klaren Verhältnissen vermag freilich die Frage nach der Zulässigkeit einer Analogie zu § 326 im vorliegenden Fall we-

---

97) Vgl. Jäger, FamRZ 1971 S. 51o; Christiansen S. 213; vgl. dazu auch schon oben S. 46.

98) Siehe dazu BGHZ 15, 1o2, 1o5; Larenz SR AT § 15 S. 166; Medicus § 12 S. 92; Erman-Battes § 32o Rdn. 5.

99) Vgl. Larenz SR AT § 15 S. 166 f; Medicus § 12 II S. 95.

1oo) Vgl RGZ 54, 98, 1o2; 1o1, 397, 399; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt § 326 Rdn. 1; vgl. auch Mot. II S. 2o9 f.

der positiv noch negativ zu beeinflussen. Zwar ist die Rechtsfolgeregelung des § 1934 e untrennbar mit dem Zustandekommen des Erbausgleichs verknüpft, was zur Konsequenz hat, daß das Kind insoweit als "vorleistungspflichtig" anzusehen ist, als seine wirtschaftliche Leistung, die Erbringung des Erbverzichts, rechtsautomatisch mit dem Zustandekommen des Erbausgleichs erfolgt, während die Verpflichtung des Vaters erst noch erfüllt werden muß; es sind also, was die Leistungspflicht des ne. Kindes betrifft, bereits kraft Gesetzes klare Verhältnisse geschaffen[101]. Diese Besonderheit steht aber insofern einem Analogieschluß nicht entgegen, als die Vorleistungspflicht des Kindes allein auf der komplizierten gesetzlichen Regelungsmechanik beruht, deren Aufgabe es ist, die Verpflichtung des Vaters und den Erbrechtsausschluß miteinander zu verknüpfen[102]. Der Geltungsgrund dieser - mit der herkömmlichen Systematik des Privatrechts ohnehin nur schwer zu erfassenden - Konstruktion ist rein formeller Natur. Hätte ihr ein materieller Gehalt zukommen sollen, so hätte der Gesetzgeber das sagen müssen.

(2) Für vorliegende Untersuchung kann somit allein entscheidend sein, ob die allgemeine, in den § 32o ff zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Interessenbewertung und die der Vereinbarung über den vorzeitigen Erbausgleich zugrunde liegende Situation derart vergleichbar sind, daß ein Analogieschluß zur Ausfüllung einer erkennbaren Gesetzeslücke zulässig ist.

Dem vorzeitigen Erbausgleich liegt ein Gedanke zugrunde,

1o1) Den Parteien bleibt es jedoch unbenommen, den Eintritt der Voraussetzungen des § 1934 e von der aufschiebenden Bedingung der Zahlung des Ausgleichsbetrages abhängig zu machen (vgl. Odersky § 1934 d Anm. V 5; Schramm, BWNotZ 197o S. 14).

1o2) Siehe dazu insbesondere oben S. 47 f.

der durch den nach § 1934 e eintretenden Verlust des Erbrechts nach dem Vater und dessen Verwandten maßgeblich bestimmt wird: Das Kind, das den Anspruch aus § 1934 d Abs. 1 geltend macht und den Erbausgleich mit dem Vater in notarieller Urkunde vereinbart, bringt damit die Bereitschaft zum Ausdruck, seine potentielle Erb- und Pflichtteilsberechtigung gegen den Fortkommensbeitrag einzutauschen; und auch der Vater, der die Rechtsfolge des § 1934 e notwendig in Kauf nehmen muß, verpflichtet sich bei einer gütlichen Einigung über den Erbausgleich doch vor allem, um das Kind aus dem Kreis seiner gesetzlichen Erben zu entlassen. Das ist aber wirtschaftlich gesehen genau die Situation, die wegen des ihr zugrunde liegenden Austausch- und Äquivalenzgedankens den Gesetzgeber veranlaßte, für die gegenseitigen Verträge die Pflichten der Parteien durch die §§ 32o ff in Durchsetzung und Fortbestand voneinander abhängig zu machen. Nur steht - was jedoch eine unterschiedliche Betrachtungsweise nicht rechtfertigen kann - bei der Erbausgleichsvereinbarung nicht die den gegenseitigen Verträgen eigene Situation im Vordergrund, die dadurch geprägt ist, daß die Parteien der Interessenlage entsprechend das Äquvalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung bestimmen[1o3]; vielmehr ist den Parteien das Äquivalenzverhältnis - allerdings nicht zwingend[1o4] - bereits vorgegeben, indem der Gesetzgeber den Verlust der Chance, Erbe oder Pflichtteilsberechtigter zu werden, durch die in § 1934 d Abs. 2 getroffene Regelung der Anspruchshöhe wertmäßig festgesetzt hat[1o5].

Was daher der Zulässigkeit eines Analogieschlusses allein

1o3) Zur subjektiven Äqualenz siehe Larenz SR AT § 15 I S. 166 f.

1o4) Siehe oben S. 59 f.

1o5) Siehe dazu auch insbesondere Ebert S. 21.

noch entgegenstehen könnte, ist der sich auf § 1934 e gründende Einwand[106], der vorzeitige Erbausgleich sei "mit einem Hinweis auf seine Nähe zum Erbverzichtsvertrag oder gar zu einem allgemeinen Austauschvertrag nicht zutreffend charakterisiert", weil er "nicht nur für die Beteiligten selbst (Vater und Kind), sondern für und gegen einen ganzen Kreis von Personen (väterliche Verwandte und Abkömmlinge des Kindes) erbrechtliche Wirkungen" habe. Letztlich vermag jedoch auch eine derartige Argumentation nicht gegen die Notwendigkeit zu sprechen, das den §§ 32o ff zugrunde liegende funktionelle Synallagma, soweit wie möglich[107], auf die Erbausgleichsvereinbarung zu übertragen. Daß durch § 1934 e noch weitere Personen in die erbrechtlichen Wirkungen des vorzeitigen Erbausgleichs einbezogen werden, kompliziert zwar die Frage der grds. Zulässigkeit der nachträglichen Beseitigung des Erbrechtsausschlusses[108]. Wird sie aber mit der hier vertretenen Ansicht bejaht, so muß sich derjenige, der annehmen wollte, die oben aufgezeigte Interessenlage des vorzeitigen Erbausgleichs werde durch die Drittwirkung beeinflußt, zum einen entgegenhalten lassen, daß das Kind sich bei seiner Entscheidung für oder gegen die Abfindung doch maßgeblich von dem Wert der potentiellen Beteiligung am Nachlaß des Vaters leiten läßt und dem Vater der Verlust seines Erbrechts und des seiner Verwandten regelmäßig gleichgültig ist; und zum anderen verfolgt die Drittwirkung des in § 1934 e angeordneten Erbrechtsausschlusses nicht einen wirtschaftlichen, vielmehr vor allem einen rechtspolitischen Zweck, nämlich die unerwünschten erbrechtlichen Folgen der nichtehelichen Geburt völlig zu beseitigen[109].

---

106) So Lutter § 3 IX 2 b S. 89.

107) Siehe dazu sogleich noch unten S. 148 f.

108) Vgl. dazu im einzelnen oben S. 134.

109) Siehe oben S. 14 f.

cc. Ist daher im Ergebnis die Vereinbarung über den vorzeitigen Erbausgleich als ein Vertrag anzusehen, auf den der den §§ 32o ff zugrunde liegende Gedanke nicht nur in wirtschaftlicher Hinsicht zutrifft, sondern auf den § 326 auch zur Schließung einer durch §§ 1934 d, 1934 e entstandenen Regelungslücke entsprechende Anwendung findet, sei in vorliegendem Zusammenhang abschließend noch auf folgendes hingewiesen:

In der Literatur werden im allgemeinen Aussagen darüber gemacht, ob die Erbausgleichsvereinbarung ein gegenseitiger Vertrag i. S. der § 32o ff sei[110]. In einer solchen Allgemeinheit zur Natur der Ausgleichsvereinbarung Stellung zu nehmen, erscheint jedoch wenig förderlich. Denn zunächst ist davon auszugehen, daß sich die §§ 32o - 322 in keinem Fall analog anwenden lassen, weil die Rechtsfolge des § 1934 e kraft Gesetzes eintritt und ihr somit keine Einrede entgegengehalten werden kann[111]. Daher reduziert sich das Problem der Anwendbarkeit der Vorschriften über gegenseitige Verträge von vornherein auf die Frage der Anwendung der §§ 323 ff; und hier steht im Vordergrund die regelmäßig für die Praxis einzig relevante und oben entschiedene Frage der Anwendbarkeit des § 326 für den Fall, daß der Vater nicht zahlt. Weiterhin muß man bedenken, daß die §§ 323 ff unter dem Aspekt der "im Rahmen der §§ 1934 d, 1934 e nachträglich unmöglich gewordenen Erbverzichtsleistung des ne. Kindes" in den diesbezüglich einzig denkbaren Fällen der dem zustande gekommenen Erbausgleich nachfolgenden Legitimation oder Adoption durch den Vater keine Anwendung finden[112]. Für eine Leistungsstörung durch Unmöglich-

---

110) Siehe dazu Odersky § 1934 d Anm. V 6; Ebert S. 21; Brox Rdn. 85; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 5; Christiansen S. 212 f.

111) Vgl. zur insoweit ähnlichen Situation beim entgeltlichen Erbverzicht Medicus § 12 I 3 b S. 94.

112) Siehe oben S. 123 f.

keit oder Verzug kommt daher ohnehin allein die Leistung des Vaters in Betracht; berücksichtigt man hierbei dann schließlich, daß dem Vater die Erfüllung der Erbausgleichsforderung grds. nicht unmöglich werden kann, bleibt von dem umstrittenen Problem der entsprechenden Anwendung der §§ 32o ff auf die Erbausgleichsvereinbarung allein die Frage übrig, ob § 326 bei Nichtzahlung des Vaters analog anzuwenden ist; und das muß im Ergebnis bejaht werden.

6. Kapitel: Leistungen des Vaters ohne wirksame Festsetzung des Erbausgleichs - Fragen zu § 1934 d Abs. 4 S. 3

§ 1934 d Abs. 4 S. 3 trifft eine Regelung für den Fall, daß ein Erbausgleich durch rechtskräftiges Urteil oder notarielle Vereinbarung nicht zustande kommt, der Vater aber bereits Zahlungen im Hinblick auf den Erbausgleich geleistet hat. Die Gründe für ein derartiges Scheitern des Erbausgleichs sind mannigfaltig. Es kann nicht nur darauf beruhen, daß das Kind vor wirksamer Feststellung der Ausgleichsforderung das Ausgleichsverlangen zurücknimmt oder die Verhandlungen über den Erbausgleich ergebnislos verlaufen. Vielmehr ist der Erbausgleich z. B. ebenfalls als gescheitert anzusehen zum einen, falls der Vater oder das Kind vor Rechtskraft des Urteils[1] oder vor notarieller Beurkundung der Vereinbarung stirbt, da der noch nicht festgesetzte Anspruch weder vererblich ist noch zur Nachlaßverbindlichkeit wird[2]; zum anderen kann die Regelung des § 1934 d Abs. 4 S. 3 auch eingreifen, falls der zustande gekommene Erbausgleich nachträglich durch Anfechtung der Vereinbarung, durch Wiederaufnahme des Verfahrens oder Ausübung eines Rücktrittsrechts wieder beseitigt wird. Zwar paßt hier der Wortlaut des § 1934 d Abs. 4 S. 1 nicht direkt, denn der Erbausgleich war ja zustande gekommen. Bei nachträglicher Aufhebung der notariellen Vereinbarung oder des rechtskräftigen Urteils wurden bereits geleistete Zahlungen aber nicht nur zum gleichen Zweck erbracht, nämlich das Kind abzufinden, sondern sie erfüllten regelmäßig auch die Aufgabe, Starthilfe zu sein, so daß es geboten ist,

1) Siehe dazu auch Bosch, FamRZ 1973 S. 52 f (Anm. zu KG FamRZ 1973 S. 51).

2) Siehe dazu im einzelnen oben S. 23 f und S. 48 ff.

auf diesen vom Gesetzgeber offensichtlich übersehenen Fall § 1934 d Abs. 4 S. 3 entsprechend anzuwenden[3]. In diesem Zusammenhang zu beachten ist jedoch, daß die nachträgliche Beseitigung der Wirkungen aus § 1934 e durch Adoption oder Legitimation nicht vom Anwendungsbereich des § 1934 d Abs. 4 S. 3 erfaßt wird. Hier liegt kein Scheitern des Erbausgleichs i. S. des § 1934 d Abs. 4 S. 3 vor, sondern ein Sonderfall, dessen rechtliche Behandlung bereits aufgezeigt wurde[4] und bei dem das in § 1934 d Abs. 4 S. 3 vorausgesetzte Rückforderungsrecht des Vaters aufgrund der auch rechtlich in vollem Umfang[5] als Ausstattung zu verstehenden Zahlungen des Vaters gerade nicht besteht[6].

Was nun im einzelnen die durch § 1934 d Abs. 4 S. 3 beeinflußte Rechtslage betrifft, macht das Gesetz eine differenzierte Betrachtungsweise erforderlich. Wenn es in § 1934 d Abs. 4 S. 3 nämlich heißt, daß beim gescheiterten Erbausgleich für die im Hinblick auf den Erbausgleich geleisteten Zahlungen die §§ 2050 Abs. 1, 2051 Abs. 1, 2315 entsprechend gelten, falls der Vater den erbrachten Ausgleichsbetrag nicht zurückgefordert hat, so wird damit nicht nur unterschieden zwischen der Rechtslage zu Lebzeiten des Vaters und der nach dessen Ableben, sondern auch, ob der Vater den Erbausgleich zu seinen Lebzeiten zurückgefordert hat oder nicht.

---

3) So im Ergebnis auch die allgemeine Ansicht: Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 e Rdn. 3; Palandt-Keidel § 1934 e Anm. 1; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 e Rdn. 2; BGB-RGRK-Kregel § 1934 e Rdn. 2; Christiansen S. 267.

4) Siehe oben S. 115 ff.

5) Das ist bei § 1934 d Abs. 4 S. 3 gerade nicht der Fall, da die Verweisung auf §§ 2050 Abs. 1, 2051 Abs. 1, 2315 nur dann zur Anwendung kommt, wenn der Vater die Zahlungen nicht zurückgefordert hat (siehe dazu auch noch unten S. 164 ff).

6) Siehe oben S. 123 f.

A. Die Rechtslage zu Lebzeiten des Vaters

I. Die Anspruchsgrundlage für das Rückforderungsrecht

Ist der vorzeitige Erbausgleich - aus welchem Grunde auch immer - als gescheitert anzusehen, so kann der Vater, wie § 1934 d Abs. 4 S. 3 voraussetzt, bereits geleistete Zahlungen zurückverlangen. Hier anzunehmen, § 1934 d Abs. 4 S. 3 enthalte eine selbständige, ein Rückforderungsrecht des Vaters begründende Anspruchsgrundlage i. S. einer Rechtsfolgeverweisung auf das Bereicherungsrecht[7], erspart zwar die im Einzelfall u. U. lästige Frage[8] nach der richtigen Anspruchsnorm. Eine derartige Ansicht verträgt sich - abgesehen von ihrer praktischen Bedeutungslosigkeit - aber zum einen nur schwer mit dem Wortlaut des § 1934 d Abs. 4 S. 3, der mit der Formulierung "oder nicht zurückgefordert hat" wohl von einem nach anderen Vorschriften bestehenden Rückforderungsrecht ausgeht; und zum zweiten sprechen auch nicht die Materialien für eine derartige Auslegung des Gesetzes: Wenn nämlich die Formulierung "und nicht zurückgefordert hat" auf Vorschlag eines Vertreters des Bundesjustizministeriums aufgenommen wurde[9], der das Bestehen eines Bereicherungsanspruches des Vaters im Wortlaut der Vorschrift zum Ausdruck gebracht wissen wollte, stellt § 1934 d Abs. 4 S. 3 doch lediglich klar, daß durch bloße Zahlungen des Vaters keine Erfüllungswirkungen eintreten, sondern ein rechtskräftiges Urteil oder die notarielle Vereinbarung mit den Rechtsgrund für Erbausgleichsleistungen bilden. Das aber kann unter Berücksichtigung der

---

7) So Christiansen S. 267 ff.

8) Vgl. dazu im einzelnen noch unten S. 155 ff.

9) Vgl. Kurzprotokoll des Unterausschusses "Unehelichenrecht" des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages Nr. 23 S. 13.

Aufgabe des Bereicherungsrechts, die in anderen Vorschriften getroffenen Wertungen zu vollziehen[10], nur bedeuten, daß das Kind - falls im Einzelfall keine spezielle Anspruchsnorm vorhanden ist[11]- jedenfalls nach §§ 812 ff das als Erbausgleich Erlangte herauszugeben hat.

Wird man somit, dem Wortlaut des § 1934 d Abs. 4 S. 3 folgend, davon auszugehen haben, daß sich beim Scheitern des Erbausgleichs ein Rückforderungsrecht des Vaters nicht aus § 1934 d Abs. 4 S. 3 ergibt, sondern dort notwendig vorausgesetzt ist, erweist sich jedoch als erforderlich eine nähere Untersuchung darüber, welche Normen als Anspruchsgrundlage einschlägig sein können. Scheint hier auf den ersten Blick allein § 812 Abs. 1 Anwendung zu finden, so stellt sich wegen der Vielfalt der Gründe, die das Scheitern des Erbausgleichs herbeizuführen vermögen, nicht nur die Entscheidung, welche der Kondiktionen aus § 812 heranzuziehen ist, als problematisch dar, vielmehr kommen auch andere Anspruchsgrundlagen für das Rückforderungsrecht des Vaters in Betracht. Entsprechend den Gründen, die zum Scheitern des Erbausgleichs führen, ist daher wie folgt zu differenzieren:

1. Scheitert der notariell vereinbarte Erbausgleich durch Ausübung eines vertraglichen oder gesetzlichen Rücktrittsrechts, wandelt sich mit dem Rücktritt die Erbausgleichsvereinbarung in ein Rückgewährschuldverhältnis um. Beim vertraglichen Rücktrittsrecht ist deshalb Anspruchsgrundlage § 346; und beim gesetzlichen Rücktritt nach § 326 Abs. 1 richtet sich die Rücktrittshaftung des ne. Kindes über

---

10) Siehe dazu auch Esser § 100 I 1 b S. 331; Medicus § 26 I 2 S. 289.

11) Siehe dazu sogleich unten unter 1.

§ 327 S. 2 nach Bereicherungsrecht, also vor allem nach § 818 Abs. 3[12]. Außerdem ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, daß im Einzelfall auch die Voraussetzungen einer Haftung aus § 717 Abs. 2 ZPO vorliegen können[13].

2. Scheitert der vorzeitige Erbausgleich dagegen in sonstiger Weise, kommt als Anspruchsgrundlage - abgesehen von § 717 Abs. 2 ZPO - allein § 812 Abs. 1 in Betracht. In dieser Hinsicht hat § 1934 d Abs. 4 S. 3 daher - ähnlich wie § 951 Abs. 1 S. 1[14] - i. S. einer allgemeinen Rechtsgrundverweisung die Funktion, klarzustellen, daß das als Erbausgleich Erlangte beim Scheitern des Erbausgleichs rechtsgrundlos erlangt ist. Bei der Frage aber, welche der Kondiktionen im Einzelfall einschlägig ist, ergeben sich für denjenigen, der die §§ 1934 d, 1934 e mit der herkömmlichen privatrechtlichen Systematik erfassen will, Schwierigkeiten. Denn ebenso wie § 1934 d Abs. 4 S. 3 im Rahmen der Analyse des Entstehungstatbestandes des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich die im Ergebnis zu verneinende Frage der Unterscheidung zwischen Anspruch auf Abschluß einer Vereinbarung und Zahlungsanspruch veranlaßte[15], bringt § 1934 d Abs. 4 S. 3 auch hier Fragen mit sich, die unter Zugrundelegung der neueren Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nicht leicht systemkonform zu beantworten sind[16].

---

12) Vgl. zur korrigierenden Auslegung des § 327 S. 2 BGHZ 53, 144, 148; Staudinger-Kaduk § 327 Rdn. 29.

13) Zur Haftung aus § 717 Abs. 2 ZPO siehe im einzelnen oben S. 98 ff.
Siehe auch Odersky § 1934 d Anm VII 3 (dort Fn. 1); Lutter § 3 VII S. 84 Fn. 36; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 15; Christiansen S. 277; Damrau, FamRZ 1969 S. 587.

14) Zu § 951 Abs. 1 siehe Westermann § 54 1. S. 262; BGHZ 4o, 272, 276.

15) Siehe dazu insbesondere oben S. 4o ff.

16) Grundlegend v. Caemmerer, Festschrift für Rabel I, S. 333, insbes. S. 34o ff; vgl. auch Esser § 1oo S. 33o ff; Fikentscher § 98 S. 564 ff.

Zur Beantwortung der vorliegenden Frage ist es zunächst geboten, entsprechend den Gründen, die zum Scheitern des Erbausgleichs führen können, zwischen Zahlungen des Vaters in den Fällen, in denen der bereits zustande gekommene Erbausgleich nachträglich wieder beseitigt wird, und Zahlungen, die im Hinblick auf den noch nicht zustande gekommenen Erbausgleich erbracht wurden, zu unterscheiden.

a. Für Zahlungen des Vaters, die im Hinblick auf einen später nicht zustande gekommenen Erbausgleich erbracht wurden, kann ein sich auf den nachträglichen Wegfall des Rechtsgrundes stützender Bereicherungsanspruch (§ 812 Abs. 1 S. 2 Fall 1) nicht bestehen, da die notarielle Vereinbarung oder das rechtskräftige Urteil mit den Rechtsgrund für die Zahlungen bilden[17]. Was als Grund für eine Leistungskondiktion[18] des Vaters in Betracht kommen könnte, ist hier daher sowohl § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 (condictio indebiti)[19] als auch insbesondere die condictio ob rem (§ 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2)[20] - der Vater zahlt ja "im Hinblick auf den Erbausgleich".

aa. Was die condictio ob rem betrifft, so ist für ihr Eingreifen Voraussetzung, daß "der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes bezweckte Erfolg nicht eintritt." § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 wäre also dann einschlägig, wenn bei Zahlungen des Vaters vor Zustandekommen des Erbausgleichs das Zustandekommen des Erbausgleichs als Leistungszweck i. S. dieser Vorschrift ange-

---

17) Siehe dazu auch schon oben S. 41 f.

18) Zu den Gründen für die Leistungskondiktion vgl. Esser § 1o3 S. 351 ff; Larenz SR BT § 69 S. 419 ff.

19) So wohl Jäger, FamRZ 1971 S. 5o6; Damrau, FamRZ 1969 S. 587; Odersky § 1934 d Anm. VII 3; Palandt-Keidel § 1934 e Anm. 1; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 22.

2o) So Lutter § 3 VII S. 84; Christiansen S. 27o.

sehen werden müßte. Spricht für die Anwendbarkeit der condictio ob rem, daß der Vater bei seinen Zahlungen doch vor allem in Erwartung des späteren Eintritts der Erbausgleichswirkungen leistet, ergeben sich gegen die Geltung des § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 gleichwohl Bedenken, und zwar zum einen, weil das ne. Kind nach § 1934 d Abs. 1 kraft Gesetzes berechtigt ist, einen vorzeitigen Erbausgleich zu verlangen. So scheint es wegen dieser gesetzlichen Verpflichtung des Vaters darauf anzukommen, ob man den Anwendungsbereich der condictio ob rem auf die Fälle beschränkt, in denen die Leistung nicht auf eine Verpflichtung hin erfolgt[21], oder ob man ihn auch auf Leistungen erstreckt, mit denen eine Verbindlichkeit erfüllt werden sollte, wobei dann der "Erfolg" i. S. des § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 ein über die Erfüllung hinausgehender sein müßte[22]; zum anderen ergibt sich ein weiteres Bedenken, das dieser umstrittenen Frage noch vorgelagert ist und durch folgende Überlegung hervorgerufen wird:
Bei der Frage der Anwendbarkeit der condictio ob rem besteht die Notwendigkeit, § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 von der condictio indebiti (§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1) abzugrenzen. Der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg kann nämlich nicht die Erfüllung einer Verbindlichkeit sein, da für den Fall, daß solvendi causa geleistet wird, schon die condictio indebiti zuständig ist[23]. Das aber bedeutet für vorliegende Untersuchung, daß dann, wenn für die im Hinblick auf den Erbausgleich geleisteten Zahlungen schon § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 eingreift, der

---

21) So z. B. Esser § 103 II S. 354; Larenz SR BT § 69 II S. 421 f; Medicus § 27 III 3 S. 300 f.

22) So wohl Fikentscher § 99 III 2 b S. 576 f; OLG Celle MDR 1961 S. 687.

23) Vgl. dazu Medicus § 27 III 3 S. 300; Esser § 103 II 1 S. 354; Larenz SR BT § 69 II S. 422, 423.

Kondiktionsgrund des § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 auch nicht mehr zutreffend sein kann.

bb. Hinsichtlich der somit notwendigen Frage der Geltung der condictio indebiti ergibt sich zunächst die Schwierigkeit, daß das ne. Kind zwar kraft Gesetzes unter den Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 1 einen Anspruch auf Zahlung eines Erbausgleichs hat, daß dieser Anspruch aber erst erfüllungstauglich wird, wenn er in notarieller Urkunde oder im rechtskräftigen Titel festgesetzt ist[24]. Der Vater zahlt also nicht - wie beim Hauptanwendungsfall des § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 - auf eine Nichtschuld, sondern auf eine kraft Gesetzes bestehende Forderung des Kindes; nur vermögen diese Zahlungen keine Erfüllungswirkungen herbeizuführen. Weiterhin läßt sich auch über § 813 nicht die Anwendbarkeit der condictio indebiti begründen[25]. Zwar wäre hier zu erwägen, daß der Anspruch aus § 1934 d Abs. 1 insofern mit einer Einrede behaftet ist, als zur Durchsetzung des Anspruchs auf seiten des Kindes zumindest die Abgabe einer notariellen Erklärung erforderlich ist. § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 i. V. m. § 813 als Anspruchsgrundlage heranzuziehen, scheitert jedoch jedenfalls daran, daß es sich nicht - wie § 813 voraussetzt - um eine "dauernde" Einrede handelt.

Zu bedenken ist aber folgendes: Der Anwendungsbereich der condictio indebiti ist nicht erschöpfend dargestellt, wenn man nur auf die Leistung auf eine Nichtschuld und auf die Leistung auf eine dauernd einredebehaftete Forderung abstellt. Der Tatbestand des § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 umfaßt vielmehr auch den Fall der erfolglosen Leistung auf eine

---

24) Siehe dazu im einzelnen oben S. 52 f.

25) Vgl. zur Erweiterung des Anwendungsbereiches der condictio indebiti durch § 813 Esser § 103 I 2 S. 352.

einredefrei bestehende Schuld[26]. Die condictio indebiti greift also immer dann ein, wenn bei einer Leistung auf eine bestehende Verbindlichkeit die Erfüllung ausbleibt; und das trifft auch genau zu im Fall der Zahlungen des Vaters im Hinblick auf den Erbausgleich: Nach § 1934 d Abs. 1 ist der Vater bereits kraft Gesetzes zur Zahlung eines Erbausgleichs verpflichtet. Erbringt er vor Zustandekommen des Erbausgleichs bereits Leistungen, so zahlt er eben auf eine bestehende Verbindlichkeit, nur vermögen diese Zahlungen keine Erfüllungswirkung herbeizuführen. Die Situation ist insoweit nicht anders, als wenn ein Gattungsschuldner Ware schlechterer als mittlerer Art und Güte liefert, der Schuldner eines nicht empfangszuständigen[27] Minderjährigen an diesen solvendi causa leistet oder die Leistung als "Zu-früh-Leistung" keine Erfüllungswirkung herbeiführt. Besteht in all diesen Fällen grds.[28] ein Rückforderungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, so liegt der einzige Unterschied beim vorzeitigen Erbausgleich lediglich darin, daß hier Erfüllung nicht eintritt, weil der Anspruch (noch) nicht erfüllungstauglich ist, während dort nicht erfüllt wird, weil Leistungsgegenstand oder Leistungszeit die Erfüllung hindern oder der Leistungsempfänger nicht empfangszuständig ist. Das aber vermag eine abweichende systematische Betrachtungsweise nicht zu rechtfertigen; vielmehr handelt es sich in allen Fällen lediglich um eine Erfüllungsproblematik. Geleistet wird allein zur Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit. Daß die Erfüllung auch tat-

---

26) Vgl. Medicus § 27 III S. 299; Esser § 103 I S. 351 f; vgl. dazu auch schon oben S. 42 f.

27) Zur Empfangszuständigkeit vgl. Blomeyer (Schuldrecht) § 38 II 1 c S. 228 f; Larenz SR AT § 18 I 4 S. 194 f; Medicus § 8 I 1 S. 69.

28) Vgl. aber auch oben S. 44.

sächlich eintritt, stellt von der systematischen Abgrenzung der condictio ob rem und der condictio indebiti her gesehen lediglich eine nicht als Leistungszweck zu verstehende Erwartung dar.

cc. Deshalb ist auch - abgesehen von seiner beim Erbausgleich ohnehin geringen praktischen Bedeutung - § 815 nicht einschlägig[29], da dieser für die condictio ob rem bestimmt ist[30]. Allerdings wird man ebenfalls davon auszugehen haben, daß weder § 814 noch - vor Feststehen des Scheiterns des Erbausgleichs - § 819 anwendbar ist. Was § 814 betrifft, so liegt zum einen weder der typische Fall der Leistung auf eine Nichtschuld noch eine Leistung auf eine einredebehaftete Forderung vor; zum anderen setzt § 1934 d Abs. 4 S. 3 ja notwendig ein Rückforderungsrecht des Vaters voraus. Und hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 819 ist festzustellen, daß § 819 - bevor Klarheit darüber besteht, daß ein Erbausgleich nicht zustande kommt - ebensowenig paßt wie § 814 und dem Kind daher § 818 Abs. 3[31] voll zugute kommt: Aus § 814 ergibt sich, daß der Empfänger einer rechtsgrundlosen Leistung solvendi causa nicht mit der Herausgabepflicht zu rechnen braucht, wenn der Leistende den Mangel des Rechtsgrundes kennt. Deshalb kommt eine verschärfte Haftung nach § 819 ohnehin nicht in Betracht, wenn der Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 schon nach § 814 ausgeschlossen wäre[32]; und außerdem ist ein Empfänger auch nicht bösgläubig i. S. des § 819, wenn er lediglich annimmt, daß der Leistende das Bewußtsein der Rechts-

---

29) A. A. Lutter § 3 VII 1 S. 84; Christiansen S. 271.

30) Vgl. Esser § 103 II 3 S. 356.

31) Siehe dazu auch Lutter § 3 VII 1 S. 84; Christiansen S. 272.

32) Vgl. auch Palandt-Thomas § 819 Anm. 2 d; Erman-H. P. Westermann § 819 Rdn. 1.

grundlosigkeit gehabt hat[33]. Ist aber beim vorzeitigen Erbausgleich die Anwendbarkeit des § 814 ausgeschlossen, obwohl der Vater möglicherweise die Rechtsgrundlosigkeit seiner Leistung positiv gekannt hat, muß man diese Ausschlußwirkung auch auf § 819 erstrecken. Wissen nämlich sowohl Vater als auch ne. Kind, daß ein Erbausgleich noch nicht wirksam zustande gekommen und somit kein Rechtsgrund für die Leistung des Vaters gegeben ist, erscheint kein Grund ersichtlich, die in §§ 812, 814, 818 Abs. 3, 819 zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Interessenbewertung ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung einseitig zu Lasten des Kindes abzuändern.

b. Für Zahlungen, die im Hinblick auf einen später nicht zustande gekommenen Erbausgleich erbracht wurden, ist somit festzuhalten, daß § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 hinsichtlich des Rückforderungsrechts zuständig ist. Dagegen kommt, falls der zustande gekommene Erbausgleich nachträglich wieder beseitigt wird und sich die Rückabwicklung nicht nach Rücktrittsrecht richtet, als Anspruchsgrundlage für bereits geleistete Erbausgleichszahlungen vor allem § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 1 (condictio ob causam finitam) in Betracht. Grund für die Kondiktion ist hier der spätere Wegfall des Rechtsgrundes für ursprünglich mit Rechtsgrund erlangte Leistungen. Da die notarielle Vereinbarung oder ein rechtskräftiges Urteil mit den Rechtsgrund für die Zahlungen des Vaters bilden, kommt § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 1 sicher als richtige Anspruchsnorm zur Anwendung in den Fällen, in denen die Beseitigung des wirksamen Erbausgleichs auch das Erlöschen des Anspruchs aus § 1934 d Abs. 1 zur Folge hat, so z. B. wenn im Einzelfall das bereits 27jährige Kind das Ausgleichsverlangen mit oder nach Beseitigung der Erbausgleichswirkungen wieder zurückgenommen hat. § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 1

---

33) RGZ 137, 171, 179; 151, 361, 375.

ist jedoch ebenfalls dann einschlägig, wenn trotz des Scheiterns des Erbausgleichs der Anspruch auf die vorzeitige Abfindung noch besteht[34]: Die Zweifel, die das Noch-Bestehen des Anspruchs aus § 1934 d Abs. 1 hervorruft, erklären sich zwanglos, wenn man die Besonderheit der §§ 1934 d, 1934 e berücksichtigt, daß der Anspruch auf die Abfindung vor Zustandekommen des Erbausgleichs noch nicht erfüllungstauglich ist; denn deshalb entfällt beim Beseitigen des zustande gekommenen Erbausgleichs der Rechtsgrund für die Zahlungen, und es fehlt daher trotz Bestehens des Anspruchs die causa zum Behaltendürfen der Erbausgleichszahlungen.

c. Als Ergebnis der vorliegenden Untersuchung läßt sich somit zusammenfassen, daß als Anspruchsgrundlage für das in § 1934 d Abs. 4 S. 3 vorausgesetzte Rückforderungsrecht -- falls nicht im Einzelfall die Rückabwicklung nach Rücktrittsrecht erfolgt oder § 717 Abs. 2 ZPO eingreift - entweder § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 (für Zahlungen bei später nicht zustande gekommenem Erbausgleich) oder § 812 Abs. 1 Fall 1 (für Zahlungen nach zustande gekommenem, aber später aufgehobenem Erbausgleich) zur Anwendung kommt.

II. Der Entstehungstatbestand des Rückforderungsanspruchs

Für Zahlungen, die der Vater im Fall des zustande gekommenen, aber später wieder aufgehobenen Erbausgleichs erbracht hat, entsteht das Rückforderungsrecht - gleich welche Anspruchsgrundlage zur Anwendung kommt - mit Aufhebung des Erbausgleichs; für Zahlungen, die im Hinblick auf einen später nicht zustande gekommenen Erbausgleich geleistet wurden, ist das bereits der Fall, wenn die Zahlungen erbracht wer-

---

34) A. A. insoweit Christiansen S. 27o.

den[35], da erst nach dem Zustandekommen des Erbausgleichs ein Rechtsgrund i. S. des § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 besteht. Bedenken dagegen werden zwar dadurch hervorgerufen, daß der Anspruch aus § 1934 d Abs. 1 erst mit Vollendung des 27. Lebensjahres erlischt und der mit Stellung des Ausgleichsverlangens fällig gewordene Anspruch lediglich der Verjährung unterliegt[36]; außerdem kann - gleich ob der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich noch besteht oder nicht - auch nach Ablauf der in § 1934 d Abs. 1 und Abs. 3 normierten Fristen ein vorzeitiger Erbausgleich mit den Wirkungen des § 1934 e herbeigeführt werden[37], so daß es im Einzelfall zweifelhaft sein mag, ob ein Erbausgleich endgültig nicht mehr zustande kommt. Aber einmal entsteht ein Anspruch notwendig dann, wenn seine tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind; diese sind für das Rückforderungsrecht des Vaters mit Aufhebung des Erbausgleichs oder mit Erbringung der rechtsgrundlosen Zahlungen gegeben. Und zum zweiten werden die Bedenken ohne weiteres dadurch ausgeräumt, daß sich das Rückforderungsrecht des Vaters - ebenso wie der Anspruch aus § 1934 d Abs. 1 - als verhaltener Anspruch darstellt[38]:

§ 1934 d Abs. 4 S. 3 versetzt den Vater in die Lage eines Gläubigers, der einen Entschluß fassen soll, ob er einen ihm zustehenden Anspruch geltend machen will oder nicht. Der Vater muß sich überlegen - vor allem wegen § 818 Abs. 3 -, ob er dem Kind die im Hinblick auf den Erbausgleich geleisteten Zahlungen beläßt und die Ausgleichungs- bzw. Anrechnungspflicht des Kindes nach §§ 2o5o Abs. 1, 2o51 Abs. 1, 2315 einem Rückfordern der Zahlungen vorzieht[39]. Solange

---

35) Insoweit a. A. Christiansen S. 272 ff: Der Anspruch entsteht dann, "wenn ein vorzeitiger Erbausgleich nicht zustande kommt."

36) Siehe dazu im einzelnen oben S. 1o8 f.

37) Siehe oben S. 1o9 ff.

38) So allerdings auch Christiansen S. 275.

39) Siehe dazu auch Lutter § 3 VII 2 c S. 85.

der Vater sich noch nicht für das Rückforderungsrecht entschieden hat, liegt auch noch keine aktuelle Rückzahlungspflicht des Kindes vor. Dessen jederzeitige Rückzahlungspflicht beginnt, wenn der Vater dem Kind die Entscheidung für den Rückzahlungsanspruch mitteilt. Erst dann wird der Anspruch fällig, und der Vater darf sich darüber beklagen, daß das Kind den Anspruch nicht erfüllt. Es handelt sich also, wie bei § 1934 d Abs. 1, um einen Anspruch, der "besteht, der nicht fällig, aber gleichwohl in keiner Weise gehemmt ist." [40]

B. Die Rechtslage nach dem Tode des Vaters

Liegen im Zeitpunkt des Todes des Vaters die Voraussetzungen des § 1934 e nicht vor, ist das ne. Kind nicht von der Erbfolge nach dem Vater ausgeschlossen, sondern nach den allgemeinen Regeln erb-, erbersatz- oder pflichtteilsberechtigt[41]. Nach § 1934 d Abs. 4 S. 3 gelten in einem solchen Fall "für Zahlungen, die der Vater im Hinblick auf den Erbausgleich geleistet und nicht zurückgefordert hat, die Vorschriften des § 2050 Abs. 1, des § 2051 Abs. 1 und des § 2315 entsprechend." Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften kommt also nur in Betracht, wenn der Vater zu seinen Lebzeiten die Zahlungen nicht zurückgefordert hat. Ist dies der problematischere Teil der in § 1934 d Abs. 4 S. 3 getroffenen Regelung[42], so gestaltet sich die Rechtslage in dem Fall, in dem der Vater zu Lebzeiten seine Zahlungen zurückgefordert hat, wie folgt:

---

40) Langheineken S. 101; vgl. auch schon oben S. 39 f.

41) Siehe dazu auch schon oben S. 106 f.

42) Vgl. dazu sogleich unten S. 166 ff.

I. Überhaupt keine Probleme treten auf, wenn das Kind zu Lebzeiten des Vaters den Rückforderungsanspruch bereits erfüllt hat. Da § 1934 d Abs. 4 S. 3 aber auch nicht danach differenziert, ob der Anspruch zu Lebzeiten des Vaters erfüllt ist oder nicht, vielmehr darauf abstellt, ob der Vater seine Zahlungen "zurückgefordert" hat, ist weiterhin ohne weiteres davon auszugehen, daß der Anspruch auf die noch nicht zurückgewährten, aber bereits zurückgeforderten Zahlungen in den Nachlaß des Vaters fällt. Fraglich kann in diesem Zusammenhang allein sein, wann ein "Zurückfordern" i. S. des § 1934 d Abs. 4 S. 3 vorliegt. Bedenkt man dabei, daß es sich beim Anspruch auf Rückzahlung um einen verhaltenen Anspruch handelt und der Vater sich entscheiden muß, ob er den Anspruch zu seinen Lebzeiten überhaupt geltend machen soll, so kann das "Zurückfordern" nur wie folgt verstanden werden: Es ist immer dann gegeben, wenn der Vater dem Kind von seiner Entscheidung für das Rückforderungsrecht Mitteilung macht. Denn durch diese Mitteilung aktualisiert sich die Verpflichtung des Kindes zur Rückzahlung, der Anspruch wird fällig, und der Vater darf sich darüber beklagen, daß das Kind nicht zahlt[43]; und ob im Einzelfall ein Verhalten des Vaters den Tatbestand des "Zurückforderns" erfüllt, ist unter Beachtung des § 133 zu ermitteln[44].

II. Hat nun der Vater zu seinen Lebzeiten von seinem Rückforderungsrecht nicht Gebrauch gemacht, erschöpft sich die in § 1934 d Abs. 4 S. 3 getroffene Regelung ihrem Wortlaut nach in der Aussage, daß die Vorschriften der §§ 2050 Abs. 1,

---

43) Vgl. dazu auch Lutter § 3 VII 2 c S. 85; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/1970 S. 15.

44) Zwar ist das Rückforderungsverlangen keine Willenserklärung, sondern geschäftsähnliche Handlung (siehe dazu insbesondere oben S. 74 ff); die Regeln über Willenserklärungen sind hier aber entsprechend anzuwenden (vgl. auch schon oben S. 75).

2o51 Abs. 1, 2315 entsprechend gelten. Dazu sei klarstellend zunächst das Folgende ausgeführt:

1. Da § 2o5o Abs. 1 für die Ausgleichungspflicht unter Abkömmlingen gilt, bedeutet die durch § 1934 d Abs. 4 S. 3 ermöglichte "entsprechende" Anwendung des § 2o5o Abs. 1 zum einen, daß das ne. Kind nicht als gesetzlicher Erbe, sondern als Erbersatzberechtigter ausgleichungspflichtig ist[45]; zum andern ist damit allgemein auf die Vorschriften der Durchführung der Ausgleichung (§§ 2o55 ff) verwiesen[46]. Was die widerlegbare Vermutung des Erblasserwillens (§ 2o5o Abs. 1 a. E.) betrifft, ist zu berücksichtigen, daß der Vater bei seinen im Hinblick auf den Erbausgleich geleisteten Zahlungen wegen § 1934 e davon ausgeht, das Kind werde nicht erbersatz- oder pflichtteilsberechtigt sein; im Rahmen einer entsprechenden Anwendung kann deshalb regelmäßig nur auf einen später geäußerten Erblasserwillen abgestellt werden[47].
Fraglich jedoch erscheint, wie die Verweisung auf § 2315 zu verstehen ist, da § 2315 Abs. 1 - anders als § 2o5o Abs. 1 - für die Anrechnungspflicht keine widerlegbare Vermutung enthält. Eine für § 2315 Abs. 1 erforderliche, zumindest konkludente Anordnung den Umständen zur Zeit der Zahlung zu entnehmen[48], entspricht nicht den herkömmlichen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre: Das Verhalten des Vaters setzt insoweit weder einen äußeren Erklärungstatbestand, noch liegt diesem ein entsprechender innere Wille zugrunde[49], da der

---

45) Siehe Christiansen S. 282; vgl. auch Lutter § 3 VII 2 a S. 84 f.

46) Vgl. Lutter § 3 X 2 S. 92; Christiansen S. 282; Damrau, FamRZ 1969 S. 587; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 15.

47) So auch Christiansen S. 284.

48) So Odersky § 1934 d Anm. VII 3.

49) Vgl. dazu schon oben S. 122 und dort auch Fn. 43.

Vater gar nicht an die Anrechnungspflicht denkt. Es ließe sich deshalb vertreten, für die Anrechnungspflicht nach § 2315 Abs. 1 sei erforderlich, daß der Vater nachträglich nach dem Scheitern des Erbausgleichs eine entsprechende Anordnung treffe[5o]. Da der Erbausgleich aber auch wegen des Todes des Vaters scheitern kann, dürfte jedoch folgendes Verständnis der durch § 1934 d Abs. 4 S. 3 ermöglichten "entsprechenden" Anwendung des § 2315 der Interessenlage gerechter werden: Der Vater geht wegen § 1934 e bei seinen Zahlungen davon aus, das Kind werde nach ihm nicht mehr pflichtteilsberechtigt sein, so daß die Zahlungen nach seinem Willen zwar nicht auf den Pflichtteil angerechnet, ihn aber ersetzen sollen; und das muß für die "Anordnung" i. S. des § 2315 Abs. 1 im Rahmen der "entsprechenden" Anwendung dieser Vorschrift ausreichend sein.

2. Der umstrittenere Teil der Verweisung auf die §§ 2o5o Abs. 1, 2o51 Abs. 1, 2315, deren Problematik offen zutage tritt, wenn man bedenkt, daß diese Vorschriften nur für die Ausgleichungs- bzw. Anrechungspflicht unter Abkömmlingen anwendbar sind, liegt jedoch in folgendem: Soll § 1934 d Abs. 4 S. 3 zu entnehmen sein, daß das Kind gegenüber sonstigen Erben weder ausgleichungspflichtig ist noch sich des Rückforderungsanspruchs ausgesetzt sieht, m. a. W. die Erbausgleichszahlungen neben seiner Nachlaßbeteiligung wertmässig in vollem Umfang behalten darf?[51] Oder muß man davon ausgehen, daß das in § 1934 d Abs. 4 S. 3 vorausgesetzte Rückforderungsrecht des Vaters unabhängig davon in den Nachlaß fällt, ob der Vater zu seinen Lebzeiten den Anspruch geltend gemacht hat, daß aber durch § 1934 d Abs. 4 S. 3 das

---

5o) So Christiansen S. 285 f.

51) So Lutter § 3 X 2 S. 92; Christiansen S. 293 f.

Recht auf Rückforderung der vom Vater erbrachten Ausgleichszahlungen für die Abkömmlinge ausgeschlossen ist?[52] Oder ist das Gesetz gar so zu verstehen, daß § 1934 d Abs. 4 S. 3 i. V. m. §§ 2o5o Abs. 1, 2o51 Abs. 1, 2315 und das Rückforderungsrecht nebeneinander gelten, also auch die Abkömmlinge als Erben das in den Nachlaß gefallene Rückforderungsrecht geltend machen können und somit in der Lage sind, zwischen Ausgleichung und Rückforderungsrecht zu wählen?[53]

a. Zumindest die letztgenannte Ansicht ist abzulehnen[54]. Es sei dahingestellt, ob das zu Lebzeiten des Vaters nicht geltend gemachte Rückforderungsrecht mit dem Tode des Vaters erlischt oder in den Nachlaß fällt; wenn § 1934 d Abs. 4 S. 3 hinsichtlich der Geltung der §§ 2o5o Abs. 1, 2o51 Abs. 1, 2315 danach differenziert, ob der Vater zu seinen Lebzeiten die Erbausgleichszahlungen zurückgefordert hat oder nicht, so darf das Gesetz nur so verstanden werden, daß jedenfalls im Anwendungsbereich der §§ 2o5o Abs. 1, 2o51 Abs. 1, 2315 die Rückzahlungsforderung des Erblassers nicht geltend gemacht werden kann. Wer hier anders entscheidet, verkennt - abgesehen vom Wortlaut des § 1934 d Abs. 4 S. 3 - einmal die Gleichstellungsfunktion der Erbausgleichszahlungen, die Starthilfe i. S. einer den ehelichen Kindern im Regelfall freiwillig geleisteten Ausstattung sein sollen, wobei für die den ehelichen Kindern geleistete Ausstattung ja auch nur §§ 2o5o ff, 2315 zur Anwendung kommen[55]. Zum

---

52) So Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 15; Damrau, FamRZ 1969 S. 587.

53) So Odersky § 1934 d Anm. VII 3; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 22.

54) Die Gesetzesmaterialien geben zu dieser Frage keine Auskunft. Im Kurzprotokoll Nr. 23 S. 13 des Unterausschusses "Unehelichenrecht" des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages heißt es lediglich, der Erbe müsse gemäß §§ 2o5o ff ausgleichen.

55) Siehe auch Lutter § 3 X 2 S. 92.

zweiten wird nicht berücksichtigt, daß § 1934 d Abs. 4 S. 3 dem Vater doch offenbar ein Entscheidungsrecht darüber einräumt, ob das Kind die Erbausgleichszahlungen zurückerstatten oder zur Ausgleichung bringen soll. Dies wird nicht zuletzt dadurch bestätigt, daß Rückzahlungs- und Ausgleichungspflicht für das Kind im Einzelfall Vor- und Nachteile mit sich bringen kann; denn beim Rückforderungsrecht sind regelmäßig § 818 Abs. 1 (Nutzungen) und § 818 Abs. 3 zu beachten, bei der Ausgleichungs- bzw. Anrechnungspflicht hingegen weder die eine noch die andere Vorschrift[56]. Schließlich gilt auch im Rahmen der durch § 1934 d Abs. 4 S. 3 ermöglichten entsprechenden Anwendung des § 2050 Abs. 1 sowohl die widerlegbare Vermutung des Erblasserwillens, das Kind solle zur Ausgleichung verpflichtet sein, als auch § 2055 Abs. 1 S. 2 und § 2056[57]; diese Vorschriften würden aber im Einzelfall sinnlos[58], wenn die Abkömmlinge als Erben den Rückzahlungsanspruch geltend machen könnten[59].

b. In vorliegendem Zusammenhang bleibt daher zu entscheiden, ob § 1934 d Abs. 4 S. 3 generell die Vererblichkeit des Anspruchs auf Rückzahlung der im Hinblick auf den gescheiterten Erbausgleich geleisteten Beträge ausschließt oder nur im Verhältnis der Abkömmlinge eine Spezialregelung darstellt.

aa. Bedeutung erlangt die Frage vor allem für die Witwe des Erblassers[60], bei der ja eine Berücksichtigung der vom Vater an das Kind geleisteten Zahlungen nach §§ 2050 Abs. 1,

---

56) Vgl. dazu Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/1970 S. 15; Christiansen S. 283; Lutter § 3 VII 2 c S. 85.

57) Siehe oben S. 165.

58) Vor allem dann, wenn der Erblasser sich gegen die Ausgleichungspflicht ausgesprochen hat oder die Voraussetzungen des § 818 Abs. 3 vorliegen.

59) Siehe dazu auch Lutter § 3 X 2 S. 92.

60) Vgl. auch Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/1970 S. 15; Lutter § 3 X 2 S. 92; Damrau, FamRZ 1969 S. 587; Christiansen S. 287 ff; Odersky § 1934 d Anm. VII 3.

2o51 Abs. 1, 2315 nicht möglich ist. Besteht daher in dieser Hinsicht im Vergleich zu den Abkömmlingen des Vaters eine Benachteiligung, wird in der Literatur z. T. angenommen, es könne hier mit dem in den Nachlaß fallenden Rückforderungsrecht gegenüber dem Erbersatz - oder Pflichtteilsanspruch des ne. Kindes aufgerechnet werden[61]. Dabei dienen einerseits Billigkeitserwägungen als Begründung[62], andererseits sagt man, im Gesetz sei nicht bestimmt, daß das Rückforderungsrecht des Vaters beim Erbfall untergehe[63].

Einer kritischen Betrachtung halten jedoch - die Maßgeblichkeit einer derartigen Ansicht zunächst dahingestellt - zumindest die vorgebrachten Argumente nicht stand. Was eine Begründung mit Billigkeitserwägungen betrifft, so ist sie naturgemäß subjektiv beeinflußt, und ihr kann deshalb so lange keine entscheidende Bedeutung zugemessen werden, wie sich aus gesetzlichen Wertungen die Gesichtspunkte zur Lösung entnehmen lassen. Dagegen kommt es für vorliegende Frage zwar entscheidend darauf an, ob das in § 1934 d Abs. 4 S. 3 vorausgesetzte Rückforderungsrecht vererblich ist oder nicht; und für die Vererblichkeit spricht immerhin, daß die Nichtvererblichkeit nicht ausdrücklich geregelt ist und vermögenswerte Rechte grds. in den Nachlaß fallen. Gleichwohl darf nicht die formale Natur einer solchen Betrachtungsweise verkannt werden, wo für vorliegende, mit dem Wortlaut des § 1934 d Abs. 4 S. 3 allein nicht zu lösende Frage letztlich der Zweck des Gesetzes den Ausschlag geben muß. Zutreffend kann daher die obige Ansicht nur sein, wenn sie mit dem unter teleologischen Gesichtspunkten zu ermittelnden Sinnzusammenhang der gesetzlichen Regelung in Einklang zu bringen ist.

---

61) Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 15; siehe auch Damrau, FamRZ 1969 S. 587.

62) Vgl. Damrau, FamRZ 1969 S. 587.

63) Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 22; Odersky § 1934 d Anm. VII 3.

bb. In dieser Hinsicht sind es zwei Aspekte, die das Ergebnis der vorliegenden Untersuchung maßgeblich beeinflussen, und zwar zum einen der Grundgedanke des NEG, nichteheliche und eheliche Abkömmlinge weitgehend gleichzubehandeln[64], und zum anderen die nicht ausschließlich vermögens-, sondern auch persönlichkeitsbezogene Rechtsposition, die der rückforderungsberechtigte Vater zu seinen Lebzeiten innehat.

(1) Wenn § 1934 d Abs. 4 S. 3 auf die Vorschriften über die Ausgleichung unter Abkömmlingen verweist, so erklärt sich das aus der rechtspolitischen Funktion der Erbausgleichszahlungen, Starthilfe i. S. einer Ausstattung zu sein. Der bei Wirksamkeit des Erbausgleichs wegen der erbrechtlichen Natur des Anspruchs[65] aus § 1934 d Abs. 1 verdrängte Bezug zum Ausstattungsrecht kann beim Scheitern des Erbausgleichs wieder aufleben, weil es zum Erbrechtsausschluß des § 1934 e nicht gekommen ist, die Abfindung also nicht gegen das Erbrecht nach dem Vater eingetauscht wurde. Berücksichtigt man nun hier, daß mit dem Anspruch aus § 1934 d Abs. 1 dem ne. Kind den ehelichen Kindern gleiche Startbedingungen geschaffen werden sollen, darf dieser beim Scheiten des Erbausgleichs auch rechtlich wiederhergestellte Bezug zum Ausstattungsrecht doch nur den Sinn haben, daß Zahlungen, die der Vater zu seinen Lebzeiten nicht zurückgefordert hat, rechtlich ebenso zu behandeln sind wie eine ehelichen Kindern geleistete Ausstattung.

(2) Ist hierdurch bereits die wertungsmäßig zutreffende Betrachtungsweise angezeigt, findet sie ihre Bestätigung in dem zweiten, hier maßgeblichen Aspekt, der Frage

---

64) Vgl. auch Lutter § 3 X 2 S. 92.

65) Siehe dazu insbesondere oben S. 14 ff.

der Vererblichkeit des noch nicht geltend gemachten Rückforderungsanspruches. So läßt sich die Nichtvererblichkeit zwanglos erklären, wenn man den Rückzahlungsanspruch vor seiner Geltendmachung als an die Person des Erblassers gebundenes, höchstpersönliches Recht[66] versteht[67]. Nicht nur, daß es sich wegen § 1934 d Abs. 4 S. 3 beim Rückforderungsrecht um einen verhaltenen Anspruch handelt[68], zu dessen Fälligkeit ohnehin ein Geltendmachen des Anspruchs erforderlich ist, die gesetzliche Regelung hat auch den Sinn, den Vater in die Lage zu versetzen, sich für oder gegen das Rückforderungsrecht bzw. die Ausgleichungspflicht zu entscheiden. Bedenkt man in diesem Zusammenhang außerdem, daß auch nur der Erblasser die Anordnung nach § 2o5o Abs. 1 a. E. zu treffen vermag, so kann diese Entscheidungsbefugnis zwangsläufig nur an die Person des Vaters gebunden sein; und wenn das Entscheidungsrecht über das Geltendmachen eines Anspruchs derartiger höchstpersönlicher Natur ist, dann ist es eben - zumindest bis die Entscheidung getroffen wird - notwendig der Anspruch auch[69].

c. Im Ergebnis läßt sich daher festhalten, daß der nicht geltend gemachte Rückforderungsanspruch des Vaters mit dessen Tode erlischt und das Kind allein im Verhältnis zu Abkömmlingen nach §§ 2o5o Abs. 1, 2o51 Abs. 1, 2315 zur Ausgleichung verpflichtet ist.

---

66) Zur Vererblichkeit von Rechtspositionen vgl. Brox Rdn. 11; Staudinger-Boehmer § 1922 Rdn. 169.

67) Siehe dazu auch Christiansen S. 275, der dort zumindest das Recht zur Stellung des Rückforderungsverlangens als höchstpersönliches Recht ansieht.

68) Siehe oben S. 162.

69) Vgl. dazu auch die parallele Problematik der Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich (oben S. 48 ff).

7. Kapitel: Einreden gegen den Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich

A. Der Ausschluß des Anspruchs wegen bestimmter, gegen den Vater gerichteter Verfehlungen

I. Aufgrund der Testierfreiheit hat der Erblasser die Möglichkeit, seinen Abkömmlingen das gesetzliche Erbrecht zu entziehen; nur das Pflichtteilsrecht setzt ihm insoweit Schranken. Liegt hingegen einer der Tatbestände des § 2333 vor, kann den Abkömmlingen auch das Pflichtteilsrecht entzogen werden; außerdem ist unter den Voraussetzungen der §§ 2339, 2345 Abs. 2 der Pflichtteilsanspruch eines Abkömmlings des Erblassers anfechtbar. Demgegenüber soll im Rahmen der §§ 1934 d, 1934 e das ne. Kind zwar vorläufig für sein gesetzliches Erbrecht und die Pflichtteilsberechtigung abgefunden werden; hier schweigt das Gesetz jedoch zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Vater gegenüber dem Kind, das sich Verfehlungen hat zuschulden kommen lassen, einen Ausschluß des Erbausgleichs geltend machen kann.

Im Schrifttum wird überwiegend angenommen, daß es dem Vater unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist, einen vorzeitigen Erbausgleich zu verweigern. Dabei wird zum einen vertreten, die §§ 2333, 2339, 2345 Abs. 2 müßten analog angewendet werden[1]. Andererseits wird behauptet, im Hinblick auf die Formalisierung der Geltendmachung der Pflichtteilsentziehung (§ 2336) und der Erbunwürdigkeit (§ 2345) sei der Heranziehung des § 242 unter dem Gesichtspunkt des

1) Bosch, FamRZ 1972 S. 178; Odersky § 1934 d Anm. IV 4; Schramm, BWNotZ, 1970 S. 15; Ebert S. 27; Damrau, FamRZ 1969 S. 588; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/1970 S. 19; Lutter § 3 II 1 d S. 72 f; BGB-RGRK-Kregel § 1934 d Rdn. 5; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 26; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 21; Christiansen S. 171 ff; Schnitzerling § 1934 d Anm. III 6.

venire contra factum proprium gegenüber einem Analogieschluß der Vorzug zu geben[2]. Es wird aber auch die Ansicht geäußert, nach dem Willen des Gesetzgebers könne der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich in jedem Falle geltend gemacht werden; er dürfe demnach auch nicht aus den Gründen der §§ 2333, 2339 ausgeschlossen werden. Es sei aber möglich, daß im Einzelfall bei Vorliegen eines Verstoßes gegen Treu und Glauben - z. B. bei Verwirkung - die Klage auf vorzeitigen Erbausgleich abzuweisen sei[3].

II. Stellungnahme:
Im Regelungssystem der §§ 1934 d, 1934 e ist zwischen der Ausgleichsforderung vor dem Zustandekommen des Erbausgleichs und dem in notarieller Vereinbarung oder rechtskräftigem Titel endgültig festgesetzten Anspruch insbesondere auch deshalb zu unterscheiden, weil mit wirksamer Festsetzung des Anspruchs die Voraussetzungen des § 1934 e erfüllt sind. Berücksichtigt man daher in vorliegendem Zusammenhang, daß gegen den noch nicht festgesetzten Anspruch geltend gemachte Ausschlußgründe von vornherein die Herbeiführung der Wirkungen aus § 1934 e verhindern, das Kind also sein Erbrecht nach dem Vater grds. nicht verliert, erscheint es erforderlich, die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Vater sich wegen Verfehlungen des ne. Kindes auf einen Ausschluß des Anspruchs berufen kann, jeweils getrennt zu untersuchen.

---

2) Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 7; so wohl auch Kittel, NJW 1971 S. 22.

3) Körting, NJW 1970 S. 1527.

1. Die Anwendbarkeit der §§ 2333, 2339, 2345 Abs. 2 vor Zustandekommen des Erbausgleichs

Der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich ist seiner Natur nach ein erbrechtlicher Anspruch und findet seine materielle Rechtfertigung in der mit der Geburt begründeten Erbenstellung des ne. Kindes nach dem Vater[4]. Da bei der Durchsetzung des Anspruchs dieses gesetzliche Erbrecht und auch die Pflichtteilsberechtigung abgegolten wird, drängt sich deshalb primär auch die Frage auf, ob dann, wenn sich das Kind schwerer Verfehlungen gegen den Vater schuldig gemacht hat, die § 2333, 2339, 2345 Abs. 2 auf den Anspruch aus § 1934 d entsprechend anzuwenden sind. Dabei zeigt sich die Notwendigkeit einer diesbezüglichen Untersuchung spätestens an dem abschließenden Charakter der Tatbestände der §§ 2333, 2339, die einen Rückgriff auf die Generalklausel des § 242 ausschließen. Der Gesetzgeber wollte durch eine enumerative Aufzählung der zur Pflichtteilsentziehung bzw. zur Erbunwürdigkeit führenden Gründe zahlreichen Streitigkeiten in der Praxis vorbeugen, die sich durch die Aufstellung einer Generalklausel zwangsläufig ergeben hätten[5]; da dieser Gedanke auch für den vorzeitigen Erbausgleich zutrifft, muß deshalb auch beim Anspruch aus § 1934 d auf die Ausschlußgründe der §§ 2333, 2339 zurückgegriffen werden, vorausgesetzt allerdings, daß der Fall des vorzeitigen Erbausgleichs und die zur direkten Anwendung dieser Vorschriften führende Situation im wesentlichen eine gleiche rechtliche Behandlung erfordern.

a. Die Regelungen über die Pflichtteilsentziehung und die Erbunwürdigkeit haben Strafcharakter. In beiden Fällen geht

---

4) Siehe dazu im einzelnen oben S. 14 ff.

5) Vgl. Mot. V S. 429, 517, 519; RGZ 168, 39, 41; Firsching, JR 1960 S. 129; Bartholomeyczik, NJW 1955 S. 795.

es um die Frage, wann ein Eingriff in den grds. unentziehbaren Pflichtteilsanspruch zulässig ist. Wenn § 2333 es dem Erblasser ermöglicht, unter den dort genannten Voraussetzungen einem Abkömmling auch den Pflichtteil zu entziehen, so beruht das darauf, daß es dem Erblasser nicht zugemutet werden kann, demjenigen, der sich ihm gegenüber besonders schwerer Verfehlungen schuldig gemacht hat, einen Teil seines Vermögens hinterlassen zu müssen[6]; und Grund für die Erbunwürdigkeit ist im wesentlichen der, "daß der Erbunwürdige den Erblasser hindert, von seiner Testierfähigkeit Gebrauch zu machen, oder daß er nach dem Tode des Erblassers einen hindernden Einfluß in Ansehung der Feststellung des Willens des Erblassers ausübt[7]." Berücksichtigt man diese gesetzgeberischen Beweggründe, so läßt sich der den §§ 2333, 2339, 2345 Abs. 2 zugrunde liegende Gedanke wie folgt zusammenfassen: Das grds. als schützenswert zu erachtende Interesse eines Abkömmlings an einer Mindestbeteiligung am Nachlaß verdient immer dann keine Beachtung, wenn sich ein Abkömmling des Erblassers bestimmte schwere, gegen den Erblasser oder die Verwirklichung des Erblasserwillens gerichtete Verfehlungen hat zuschulden kommen lassen.

b. Eine Übertragung dieser gesetzgeberischen Interessenbewertung auf den Anspruch aus § 1934 d ist aber nur geboten, wenn vorzeitiger Erbausgleich und Erbenstellung derart rechtsähnlich sind, daß eine ungleiche Behandlung dem Zweck des Gesetzes widerspräche. Gerade in dieser Hinsicht wird die Ansicht vertreten, einem Analogieschluß stehe entgegen[8], daß nach dem Willen des Gesetzgebers ein Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich in jedem Fall gegeben sein soll.

---

6) Vgl. dazu Mot. V S. 517.

7) Mot. V S. 517.

8) Körting, NJW 1970 S. 1527.

Dies ergebe sich aus § 1934 d Abs. 2. Nach dieser Vorschrift müsse auch bei noch so schlechten wirtschaftlichen Verhältnissen des Vaters stets mindestens der einfache Jahresbetrag des Unterhalts als Erbausgleich verbleiben; lediglich eine Stundungsmöglichkeit sehe das Gesetz in § 1934 d Abs. 5 vor.

Bedenkt man, daß das Kind selbst dann einen vorzeitigen Erbausgleich verlangen kann, wenn überhaupt kein väterlicher Nachlaß zu erwarten ist und ein Pflichtteilsanspruch demnach wertlos wäre, erscheint eine derartige Argumentation konsequent; denn das Kind steht in diesem Fall besser als beim Erbfall nach dem Vater, und das spricht für eine unterschiedliche rechtliche Behandlung von vorzeitigem Erbausgleich und erbrechtlicher Stellung des Kindes beim Tode des Vaters. Eine derartige Betrachtungsweise berücksichtigt jedoch nicht, daß die Äquivalenz des Austauschverhältnisses von Erbverzicht und Abfindung im Rahmen der §§ 1934 d, 1934 e von vornherein nur i. S. eines normativen Ausgleichsgedankens besteht[9]. Unbilligkeiten, die sich wegen der Normierung eines Regelausgleichsbetrages im Einzelfall ergeben, wird bereits durch § 1934 d Abs. 2 S. 2 und die Stundungsregelung des § 1934 d Abs. 5 Rechnung getragen; auf jeden Fall aber soll der Mindestbetrag in Höhe des Einfachen des durchschnittlichen Jahresunterhalts gerade für den Verlust der Chance, Erbe, Erbersatz- oder Pflichtteilsberechtigter zu werden, gezahlt werden. Daraus folgt dann aber auch zum einen, daß der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich selbst dann seine materielle Rechtfertigung im Erbrecht nach dem Vater hat, wenn zur Zeit des Erbausgleichs überhaupt kein Nachlaß zu erwarten ist; und zum zweiten vermag deshalb die in § 1934 d Abs. 2 getroffe-

---

9) Siehe dazu insbesondere auch schon oben S. 145 f.

ne Regelung der Anspruchshöhe keine maßgebliche Auskunft über einen der entsprechenden Anwendung der §§ 2333, 2339, 2345 Abs. 2 entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers zu geben. Vielmehr läßt sich die Frage der analogen Anwendbarkeit dieser Vorschriften in folgender Weise beantworten:

Was den vorzeitigen Erbausgleich von der den §§ 2333, 2339, 2345 Abs. 2 zugrunde liegenden Situation unterscheidet, ist - soweit es das vorliegende Problem betrifft - lediglich die Besonderheit, daß dem Kind schon zu Lebzeiten des Vaters ein Rechtsanspruch auf Erbabfindung gewährt wird. Im übrigen aber kann die materielle Grundlage des Anspruchs, das Erbrecht nach dem Vater, auch nicht mehr Rechte übertragen, als dem Kind beim Erbfall nach dem Vater zustünden. Dem ist zu entnehmen, daß insbesondere grundsätzliche, für das Verhältnis von Erblasser und Abkömmlingen geltende Interessenbewertungen durch die "Vorzeitigkeit" des Erbausgleichs nicht verändert werden; und das kann nur bedeuten, daß die in §§ 2333, 23339, 2345 Abs. 2 zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Interessenbewertung auch für den Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich Geltung beanspruchen muß[10].

c. Dem steht nicht entgegen, daß sich die Gründe, die zur Entziehung des Pflichtteils und zur Erbunwürdigkeit führen, erst beim Erbfall auswirken und bis dahin noch eine Verzeihung möglich ist[11]. Zum einen handelt es sich ja beim Erbausgleich um eine vorzeitige Erb- und Pflichtteilsabfindung; dann muß aber auch dieser frühe Zeitpunkt für die Ausschlußgründe maßgeblich sein. Zum anderen führt ein Aus-

---

10) Siehe Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 26; BGB-RGRK-Kregel § 1934 d Rdn. 5; Lutter § 3 II 1 d S. 73; siehe auch Christiansen S. 177; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/1970 S. 19.

11) A. A. aber Körting, NJW 1970 S. 1527; vgl. dazu auch Christiansen S. 180 f; Kittel, NJW 1971 S. 22.

schluß des Anspruchs aus § 1934 d auch nicht die Rechtswirkungen aus § 1934 e herbei, d. h. das Kind bleibt beim späteren Tode des Vaters nach den allgemeinen Vorschriften grds. erbberechtigt und wird nur dann von der Erbfolge gänzlich ausgeschlossen, wenn der Vater wirksam den Pflichtteil entzogen hat oder ein bestehendes Erbrecht und ein Pflichtteilsanspruch mit Erfolg angefochten ist[12].

d. Ebenso vermag auch der Einwand[13], die Formalisierung der Pflichtteilsentziehung und der Erbunwürdigkeit spreche gegen eine entsprechende Anwendung der §§ 2333, 2339, 2345 Abs. 2 und für eine Heranziehung des § 242, nicht zu überzeugen. Denn einmal kann ein Zurückgreifen auf die Generalklausel so lange nicht geboten sein, wie eine Analogie zu speziellen Erbrechtsvorschriften zulässig und notwendig ist und sich auf diese Weise ein interessengerechtes Ergebnis erzielen läßt[14]; das insbesondere deshalb, weil auch beim vorzeitigen Erbausgleich der abschließende Charakter der §§ 2333, 2339 nicht ohne zwingenden Grund aufgegeben werden darf, da das gesetzgeberische Motiv, das der Entscheidung gegen eine generalklauselartige Ausdehnung der Pflichtteilsentziehungs- und Erbunwürdigkeitstatbestände zugrunde liegt, ebenfalls zutrifft[15]. Zum zweiten kann bei der für vorliegenden Zusammenhang in Frage stehenden "entsprechenden" Anwendung der §§ 2333, 2339, 2345 Abs. 2 auf die Form der §§ 2336, 234o ff verzichtet werden[16], und zwar ergibt sich das aus folgenden Erwägungungen:

Da das Recht, einen Erbausgleich zu verlangen, aus dem ge-

---

12) Siehe auch Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 19.

13) Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 7.

14) Vgl. auch Damrau, FamRZ 1969 S. 588.

15) Siehe dazu schon oben S. 174.

16) A. A. Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 26; BGB-RGRK-Kregel § 1934 d Rdn. 5; Lutter § 3 II 1 d S. 72.

setzlichen Erbrecht und dem Pflichtteilsrecht nach dem Vater erwächst, entfällt der materielle Zuweisungsgrund des Anspruchs aus § 1934 d, wenn das Kind nicht pflichtteilsberechtigt ist. Nach dem Zweck des Gesetzes ist daher davon auszugehen, daß der Anspruch aus § 1934 d Abs. 1 selbst bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen nicht besteht, wenn dem Kind durch letztwillige Verfügung formgerecht der Pflichtteil entzogen wurde (§ 2336)[17]. Hat aber der Vater trotz Vorliegens eines Pflichtteilsentziehungsgrundes noch keine derartige letztwillige Verfügung errichtet, steht einem Erwerb des Rechts aus § 1934 d Abs. 1 nichts entgegen. Gleichwohl müßte es als Formalismus angesehen werden, hier dem Vater, der sich gegen den nunmehr vom Kind verlangten Erbausgleich wehrt, nicht ein nur formloses, einredeweises Geltendmachen des Anspruchsausschlusses zu gestatten, sondern die Errichtung einer formgerechten letztwilligen Verfügung zu verlangen. Zum einen kann nämlich der Vater dem Kind ohnehin noch zu späterer Zeit verzeihen; zum anderen liegt der Geltungsgrund der Form des § 2336 doch vor allem darin, daß im Streitfall der eine Beteiligte, der Erblasser, nicht mehr lebt, während beim vorzeitigen Erbausgleich der Streit um den Ausschluß des Anspruchs notwendig[18] zu Lebzeiten des Vaters stattfindet[19].

Was schließlich in diesem Zusammenhang die entsprechende Anwendung der §§ 2339, 2345 Abs. 2 betrifft, so wird in

---

17) Siehe dazu auch Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 5.
Auch nach Lutter (§ 3 II 1 d S. 72 f) entsteht in einem solchen Fall der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich nicht - allerdings von dem Standpunkt aus, in § 1934 d Abs. 1 sei ein Gestaltungsrecht normiert, mit dessen Ausübung der Anspruch erst entstehe.
A. A. wohl Christiansen (S. 177), der offenbar davon ausgeht, der Ausschluß des Anspruchs könne nur einredeweise geltend gemacht werden.

18) Mit dem Tode des Vaters erlischt der noch nicht wirksam festgesetzte Anspruch (siehe oben S. 51).

19) So im Ergebnis wohl auch Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/1970 S. 19.

§§ 234o ff das Verfahren der Geltendmachung der Erbunwürdigkeit geregelt[2o]. Dies erklärt sich aus dem Zweck der Vorschriften über die Erbunwürdigkeit, die vornehmlich dazu dienen, eine Verdunklung des wahren Erblasserwillens, die durch Handlungen des Erbunwürdigen herbeigeführt wurde, zu verhindern[21]. Zu seinen Lebzeiten aber mag der Erblasser selbst seinen Willen kundtun, indem er sich auf ein Leistungsverweigerungsrecht beruft. Zwar ist nach § 2345 der jeweils in Frage stehende Anspruch "anfechtbar"; außerdem ergibt sich aus der Verweisung auf §§ 2o82, 2o83, daß es sich hierbei um ein rechtsvernichtendes Gestaltungsrecht handelt, das unter den Voraussetzungen des § 2o83 zur dauernden rechtshemmenden Einrede wird. Entgegen der den §§ 234o ff zugrunde liegende Situation ist es jedoch beim vorzeitigen Erbausgleich der potentielle Erblasser selbst, der sich auf die Erbunwürdigkeit berufen kann; da zu dessen Lebzeiten die Möglichkeit der Verzeihung besteht (§ 2343) und auch die Voraussetzungen des § 2339 Abs. 2 eintreten können, darf das nach § 2345 bestehende Anfechtungsrecht in der Hand des Vaters von vornherein nur als rechtshemmende Einrede entstehen: Verzeiht der Vater dem Kind oder treten die Voraussetzungen des § 2339 Abs. 2 ein, ist das Kind berechtigt, solange es das 27. Lebensjahr nicht vollendet hat, unter den Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 1 den wieder durchsetzbaren Anspruch erneut geltend zu machen[22].

e. Im Ergebnis läßt sich daher festhalten, daß die §§ 2333, 2339, 2345 Abs. 2 auf den Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich entsprechend anzuwenden sind. Wegen des abschließenden Charakters der in §§ 2333, 2339 normierten Tatbestände

---

2o) Die praktische Bedeutung der entsprechenden Anwendung der §§ 2339, 2345 Abs. 2 ist gering, da die Voraussetzungen des § 2339 in der Regel auch zur Pflichtteilsentziehung berechtigen (siehe dazu auch Christiansen S. 182).

21) Vgl. Mot V. S. 517; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter vor § 2339 Rdn. 1.

22) Siehe auch Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 19.

darf der Ausschluß des Anspruchs wegen Verfehlungen des Kindes aber auch nur bei Vorliegen der Voraussetzungen dieser Vorschriften geltend gemacht werden. Dabei besteht der Anspruch aus § 1934 d Abs. 1 nicht, falls der Vater formgerecht den Pflichtteil entzogen hat; ansonsten steht dem Vater ein Leistungsverweigerungsrecht zu, durch dessen Geltendmachung er Klageabweisung zu erreichen vermag. Trotz rechtskräftiger Abweisung der Klage besteht die Möglichkeit, daß das Kind unter den Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 1 erneut einen vorzeitigen Erbausgleich verlangen kann, wenn die Voraussetzungen der Erbunwürdigkeit oder der Pflichtteilsentziehung - z. B. wegen Verzeihung - weggefallen sind. Im übrigen bleibt es bei den allgemeinen Regeln, d. h. ob das Kind den Vater beerbt, richtet sich nach der Rechtslage zur Zeit des Erbfalls.

2. Die Anwendbarkeit der §§ 2333, 2339, 2345 Abs. 2 auf die notariell vereinbarte oder rechtskräftig zugesprochene Ausgleichsforderung

Ist der Anspruch durch notarielle Vereinbarung oder rechtskräftiges Urteil endgültig festgesetzt, sind die Voraussetzungen für den in § 1934 e angeordneten Erbrechtsausschluß erfüllt. Deshalb ergeben sich bezüglich einer entsprechenden Anwendung der §§ 2333, 2339, 2345 Abs. 2 auf die in dieser Weise festgesetzte Ausgleichsforderung insofern Bedenken, als für das Kind eine ungünstige Situation entstehen kann. Nicht nur, daß der Erbausgleich wirksam ist und das Kind seine Leistung in Form des Erbverzichts erbracht hat, ohne die Gegenleistung zu erhalten, das Kind steht nunmehr wegen der Wirkungen aus § 1934 e schlechter, als wenn es den Erbausgleich nie geltend gemacht hätte: Die Voraussetzungen der §§ 2233, 2339 können bis zum Tode des

Vaters wieder wegfallen, während nach § 1934 e ein Pflichtteilsanspruch bei Wegfall dieser Voraussetzungen - selbst bei Verzeihung - auf jeden Fall ausgeschlossen ist.

a. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang zunächst, daß die Frage, ob gegen den endgültig festgesetzten Anspruch aus den in §§ 2333, 2339 genannten Gründen eine Einrede geltend gemacht werden kann, regelmäßig ohnehin nur Bedeutung erlangt, wenn sich das Kind nach dem Zustandekommen des Erbausgleichs und vor Zahlung des Ausgleichsbetrages schwerer Verfehlungen gegen den Vater schuldig macht. Denn zum einen wäre beim rechtskräftig zugesprochenen Anspruch für den Vater lediglich der Weg der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO das wirksame Verteidigungsmittel; dabei findet aber insbesondere § 767 Abs. 2 ZPO Anwendung, d. h. die Klage hätte nur Erfolg, wenn die Voraussetzungen der §§ 2333, 2339 erst nach dem Schluß der mündlichen Verhandlungen eintreten; und zum anderen erfüllt das Verhalten des Vaters, der mit dem Kind einen Erbausgleich in notarieller Urkunde vereinbart und beim Abschluß des Vertrages die Verfehlungen des Kindes gekannt hat, normalerweise die Voraussetzungen einer Verzeihung (§§ 2337, 2343).

b. Für die demnach seltenen, noch übrig bleibenden Fälle wird folgendes zu gelten haben:
Einreden, die wegen Verfehlungen des Kindes gegen die wirksam festgesetzte Ausgleichsforderung in Betracht kommen, sind wegen der erbrechtlichen Natur des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich und des abschließenden Charakters der in §§ 2333, 2339 normierten Ausschlußgründe[23] allein die Einreden der Pflichtteilsentziehung und der Erbunwürdigkeit.

---

23) Siehe dazu oben S. 174, 178.

Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften abzulehnen, weil das Kind wegen der Wirkungen aus § 1934 e nunmehr überhaupt nicht mehr pflichtteilsberechtigt ist, erscheint nicht möglich: Die endgültig festgesetzte Ausgleichsforderung erwächst ebenso wie der noch nicht fixierte Anspruch aus dem Erbrecht und der Pflichtteilsberechtigung nach dem Vater. Sie ist aufgrund der Wertung der §§ 1934 d, 1934 e als voller Ersatz für den nach § 1934 e notwendigen Verlust der erbrechtlichen Stellung des ne. Kindes zu verstehen; und daraus folgt, daß die den §§ 2333, 2339, 2345 Abs. 2 zugrunde liegende Interessenbewertung[24)] ebenso wie vor dem Zustandekommen des Erbausgleichs auch grds. weiterhin Geltung beanspruchen muß.

Was gegen die Anwendbarkeit der §§ 2333, 2339, 2345 Abs. 2 spricht, ist daher allein, daß das Kind wegen der Wirkungen aus § 1934 e trotz möglicher nachfolgender Verzeihung beim Tode des Vaters nicht mehr pflichtteilsberechtigt ist. Aber auch das vermag im Ergebnis einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschriften nicht entgegenzustehen; denn das Kind, das sich für den vorzeitigen Erbausgleich entscheidet und eine notarielle Vereinbarung oder ein rechtskräftiges Urteil herbeiführt, bringt damit zum Ausdruck, daß es auf seine erbrechtliche Stellung beim Tode des Vaters und dessen Verwandten keinen Wert legt. Einer Anwendbarkeit der §§ 2333, 2339, 2345 Abs. 2 widersprechende schutzwürdige Interessen des Kindes bestehen daher nicht, so daß ein Analogieschluß auch für die bereits endgültig festgesetzte Ausgleichsforderung als zulässig anzusehen ist.

---

24) Siehe dazu oben S. 174 f.

B. Sonstige Einreden

I. Die entsprechende Anwendung von § 2338

§ 2338 betrifft die sog. Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht und unterscheidet sich von der Regelung der Pflichtteilsentziehung in der Weise, daß "der Erblasser dem Berechtigten von dem, was ihm gebührt, nichts nehmen, ihn vielmehr voll befriedigen, ihm aber das Hinterlassene in einer Weise zukommen lassen (will), mit welcher sich der Berechtigte einverstanden erklären müßte, wenn er sein eigenes Interesse wohl verstände[25]." Dem Erblasser wird also die Möglichkeit gegeben, unter den in § 2338 genannten Voraussetzungen[26] im wohlverstandenen Interesse des Abkömmlings - also nicht wie in § 2333 zu Strafzwecken - die in § 2338 genannten Anordnungen zu treffen[27].

Wenn nun beim vorzeitigen Erbausgleich das gesetzliche Erbrecht und die Pflichtteilsberechtigung abgegolten wird, nach § 2338 eine Pflichtteilsbeschränkung zulässig ist, muß auch in vorliegendem Zusammenhang gefragt werden, ob der Vater bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 2338 in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift berechtigt ist, einem Geltendmachen des Erbausgleichs einredeweise einen Ausschluß des Anspruchs entgegenzuhalten[28].

Bereits oben[29] wurde aufgezeigt, daß dem ne. Kind im Rahmen des vorzeitigen Erbausgleichs nicht mehr Rechte zuzubilligen

---

25) Mot. V S. 438.

26) Die dort aufgezählten Gründe sind erschöpfend (vgl. Häfele, BWNotZ 1957 S. 51; vgl. auch Mot. V S. 439).

27) Siehe Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 2338 Rdn. 1; Soergel-Siebert-Dieckmann § 2338 Rdn. 1.

28) Für die entsprechende Anwendung des § 2338 Lutter § 3 II 1 d S. 73; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 5.

29) S. 177.

sind, als die materielle Grundlage des Anspruchs zu übertragen vermag. Die in § 2338 vorgesehenen Maßregeln sind jedoch für den Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich insofern nicht brauchbar, als die vorzeitige Abfindung nicht in der dort möglichen Weise beschränkt werden kann. Gleichwohl läßt sich der Zweck des § 2338 auch beim vorzeitigen Erbausgleich verwirklichen, indem man davon ausgeht, daß der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich nicht besteht[30], wenn der Vater bereits formgerecht eine wirksame Pflichtteilsbeschränkung vorgenommen hat, bzw. dem Vater ansonsten im wohlverstandenen Interesse des einen Erbausgleich verlangenden[31] Kindes ein Leistungsverweigerungsrecht zugesteht: Das Kind würde sich damit einverstanden erklären oder den Anspruch gar nicht erst geltend machen, wenn es seine eigenen Interessen zu wahren wüßte; und daß eine entsprechende Anwendung des § 2338 auch erforderlich ist, ergibt sich aus dem bereits zu §§ 2333, 2339, 2345 Abs. 2 Ausgeführten - grundsätzliche, für das Verhältnis von Erblasser und Abkömmling getroffene erbrechtliche Interessenbewertungen dürfen durch die Tatsache, daß dem Kind schon zu Lebzeiten des Vaters ein Rechtsanspruch auf Erbabfindung gegeben ist, nicht verändert werden.

Bei Geltendmachen des Leistungsverweigerungsrechts ist die Form der §§ 2338 Abs. 2 S. 1, 2336 ebenso verzichtbar, wie auf sie beim Ausschluß des Anspruchs aus den in § 2333 genannten Gründen verzichtet werden kann[32]. Zu beachten ist allerdings § 2338 Abs. 2 S. 2; sind die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt, ist das Kind berechtigt, unter den Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 1 nunmehr erfolgreich das Ausgleichsverlangen zu stellen[33].

---

30) Vgl. dazu insbesondere oben S. 179.

31) Für den schon wirksam festgesetzten Anspruch muß das oben S. 182 ff Gesagte entsprechend gelten.

32) Siehe oben S. 178 f.

33) Vgl. dazu auch oben S. 177 f (zur Rechtslage bei Verzeihung nach §§ 2337, 2343).

II. Der Ausschluß aufgrund wirksamen Erbverzichts

Dem ne. Kind bleibt es unbenommen, durch Vertrag mit seinem Vater auf das gesetzliche Erbrecht zu verzichten (§ 2346 Abs. 1); dabei kann nach § 2346 Abs. 2 der Verzicht auf das Pflichtteilsrecht beschränkt werden. Kommt es zwischen Vater und ne. Kind zu einer solchen Vereinbarung, so darf auch hier nicht unberücksichtigt bleiben, daß beim Erbausgleich nach §§ 1934 d, 1934 e das Kind für den Verlust des gesetzlichen Erbrechts und der Pflichtteilsberechtigung abgefunden wird. Zwar sind die Rechtsfolgen des § 1934 e umfassender als die des Erbverzichts, weil nach § 1934 e die Rechtslage so gestaltet wird, als habe das Kind als potentieller Erbe oder Erblasser nie gelebt. Zum einen erwächst aber der Anspruch aus § 1934 d aus dem Erbrecht des ne. Kindes nach dem Vater; es entfällt also der materielle Zuweisungsgrund des Anspruchs, wenn das Kind - wie beim wirksamen Erbverzicht - überhaupt nicht mehr erb- bzw. pflichtteilsberechtigt ist; und zum anderen würde eine Ansicht, die dem Kind trotz Fehlens der materiellen Rechtfertigung des Anspruchs das Recht gewährt, einen Erbausgleich zu verlangen, dazu führen, daß das Kind in der Regel - d. h. beim entgeltlichen Erbverzicht - zweimal die Abfindung verlangen kann, obwohl es nur einmal seine Gegenleistung in Form des Erbverzichts erbringt. Im Ergebnis muß daher davon ausgegangen werden, daß bei Vorliegen eines wirksamen Erbverzichts ein Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich nicht besteht[34].

34) Siehe Lutter § 3 II 1 d S. 72; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 5.

III. Der Einfluß einer vertragsmäßigen letztwilligen Verfügung zugunsten des ne. Kindes auf den Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich

Durch Erbvertrag ist es dem Erblasser möglich, sich seinem Vertragspartner gegenüber mit Bindungswirkung zu verpflichten, daß mit dem Tode der Vertragspartner - oder ein Dritter - Erbe, Vermächtnisnehmer oder Begünstigter aus einer Auflage sein soll. Hat der Vater vor Zustandekommen des Erbausgleichs eine vertragsmäßige Verfügung zugunsten des ne. Kindes getroffen, darf das Kind demnach wegen der Bindungswirkung damit rechnen, in bestimmter Weise am väterlichen Nachlaß beteiligt zu werden. Verlangt das Kind gleichwohl einen vorzeitigen Erbausgleich, so würde durch die Rechtsfolge des § 1934 e, die sich auf das gesetzliche Erbrecht bezieht, diese Verfügung grds. nicht berührt, und "das Kind könnte zweimal kassieren[35]." Bei der sich deshalb stellenden Frage nach einem Ausschluß des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich wird man wie folgt zu differenzieren haben:

1. Schließt der Vater mit einem Dritten vor Zustandekommen des Erbausgleichs einen Erbvertrag, in dem das Kind durch vertragsmäßige Verfügung bedacht wird, so kann dies auf den Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich keinen Einfluß haben. Das Recht des ne. Kindes, zwischen dem Anspruch aus § 1934 d und dem Erbrecht nach dem Vater zu wählen, ist höchstpersönlicher Natur[36] und darf durch Dritte nicht beeinträchtigt werden. Anderenfalls könnte der Vater ohne weiteres durch Abschluß eines Erbvertrages mit einem Dritten erfolgreich

35) Lutter § 3 II 1 d S. 73; vgl. auch Damrau, FamRZ 1971 S. 480.

36) Siehe dazu insbesondere oben S. 49.

einem ihm mißliebigen Geltendmachen des Erbausgleichs entgegentreten. Das Kind soll aber gerade selbst entscheiden, ob es von der Berechtigung, eine Starthilfe zu verlangen, Gebrauch macht oder das Erbrecht nach dem Vater vorzieht.

Freilich scheint der Vater hierbei in eine mißliche Lage zu geraten. Einerseits ist er grds. an die vertragsmäßige Verfügung zugunsten des Kindes gebunden, da § 1934 e nur in das gesetzliche Erbrecht eingreift; zum anderen sieht er sich zu Lebzeiten dem Anspruch aus § 1934 d ausgesetzt. In der Regel werden jedoch die Voraussetzungen der §§ 2281 Abs. 1, 2078 Abs. 2 vorliegen[37]. Sollte aber ein Anfechtungsrecht nach § 2078 Abs. 2 im Einzelfall nicht gegeben sein, muß der Vater gleichwohl die Möglichkeit haben, sich von der zugunsten des Kindes getroffenen vertragsmäßigen Verfügung loszusagen. Schutzwürdige Interessen des ne. Kindes werden dabei nicht berührt; es darf sowieso nur damit rechnen, entweder pflichtteilsberechtigt zu werden oder die vorzeitige Abfindung zu erhalten. Außerdem ist es nicht Sinn des Gesetzes, das ne. Kind dem ehelichen gegenüber in der Weise zu bevorzugen, daß das ne. Kind wegen des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich sowohl zu Lebzeiten als auch nach dem Tode des Vaters erbrechtliche Ansprüche geltend machen kann[38]. Dem Vater wird am ehesten zu helfen sein mit einer analogen Anwendung des § 2294[39]. Das Kind hat sich zwar keiner Verfehlung schuldig gemacht, die zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt. Durch den vorzeitigen Erbausgleich wird aber das gesetzliche Erbrecht und auch die Pflichtteilsberechtigung abgegolten; und da die Pflicht-

---

37) Das ist der Fall, wenn die vertragsmäßige Verfügung auf der Erwartung des Vaters beruht, das ne. Kind werde den Erbausgleich nicht verlangen (vgl. zu § 2078 Abs. 2 Brox Rdn 229).

38) Siehe Lutter § 3 II 1 d S. 73.

39) Vgl. dazu auch Lutter aaO (Fn. 38).

teilsberechtigung eben mit dem Zustandekommen des Erbausgleichs entfällt, gebietet es die im wesentlichen gleiche Interessenlage, §§ 2294 entsprechend heranzuziehen.

2. Für den Fall, daß der Vater vor Zustandekommen des Erbausgleichs mit dem ne. Kind einen Erbvertrag schließt, in dem er eine vertragsmäßige Verfügung zugunsten des ne. Kindes trifft, wird die Ansicht vertreten[4o)], man könne die Frage, inwieweit sich der Erbvertrag auf den Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich auswirke, nicht einheitlich beantworten; maßgeblich sei dafür der jeweilige Inhalt des Erbvertrages. Enthalte er nur geringfügige Zuwendungen, so sei der Anspruch nicht ausgeschlossen. Wolle der Erbvertrag hingegen die Position des ne. Kindes gegenüber dem Nachlaß des Vaters ingesamt oder doch in wesentlichen Teilen so gestalten, daß insbesondere Pflichtteilsansprüche grds. ausgeschlossen sind (§§ 2303, 2305, 2307), stehe dies einem Geltendmachen des Anspruchs aus § 1934 d entgegen. Zu einer derartigen Betrachtungsweise ist kritisch folgendes auszuführen:

a. Zuzustimmen ist der obigen Ansicht insofern, als der Erbausgleich bei nur geringen vertragsmäßigen Zuwendungen nicht ausgeschlossen ist. Da nach der Wertung der §§ 1934 d, 1934 e die vorzeitige Abfindung als Ersatz für den Verlust der gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsberechtigung zu verstehen ist, darf ein Ausschluß durch vertragsmäßige Verfügung überhaupt erst in Betracht kommen, wenn der Wert der Zuwendung zumindest dem Wert der Abfindung entspricht. Aber selbst in einem derartigen Fall erscheint es zweifelhaft, ob der Vater dem Ausgleichsverlangen des ne. Kindes einen Ausschluß

4o) Lutter § 3 II 1 d S. 73; Damrau, FamRZ 1971 S. 48o; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 5.

des Anspruchs entgegenzuhalten vermag. Das unerwünschte und dem Sinn des Gesetzes widersprechende Ergebnis, daß das Kind wegen der durch die Bindungswirkung des Erbvertrages geschaffenen vertraglichen Position, die durch § 1934 e nicht berührt wird, zweimal erbrechtliche Ansprüche geltend machen könnte, ließe sich nämlich ebenfalls vermeiden, indem man den Vater auf das Recht verweist, sich aus der vertragsmäßigen Bindung zu lösen. Normalerweise werden ohnehin die Voraussetzungen der §§ 2281 Abs. 1, 2o78 Abs. 2 vorliegen, da die vertragsmäßige Verfügung in der Regel auf der Erwartung des Vaters beruht, das Kind werde den vorzeitigen Erbausgleich nicht verlangen; wird diese Erwartung enttäuscht, ist das nach § 2o78 Abs. 2 beachtlich; außerdem muß man in diesem Zusammenhang davon ausgehen, daß auch hier eine entsprechende Anwendung des § 2294 geboten ist[41]. Dabei mag die Maßgeblichkeit dieses Lösungsversuchs die folgende Überlegung aufzeigen:

b. Grds. bedarf es zum Ausschluß des Anspruchs aus § 1934 d Abs. 1 eines Erlaßvertrages, der in den Fällen, in denen die vorliegende Frage praktisch wird, gerade nicht zustande gekommen ist. Der Anspruch kann daher durch eine vertragsmäßige Verfügung nur ausgeschlossen sein, wenn in einem derartigen Fall nach Sinn und Zweck des Gesetzes trotz Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1934 d Abs. 1 ein Recht auf vorzeitigen Erbausgleich nicht bestehen soll.

Bei der Erbunwürdigkeit, der Pflichtteilsentziehung, bei § 2338 und beim Erbverzicht kann das ne. Kind einen vorzei-

---

41) Siehe dazu oben S. 188.
Vgl. auch Lutter § 3 II 1 d S. 73, der auf der Grundlage seiner Ansicht, eine vertragsmäßige Verfügung könne den Anspruch ausschließen, § 2294 nur bei geringfügigen Zuwendungen anwenden will.

tigen Erbausgleich deshalb nicht verlangen, weil dadurch, daß die grds. unentziehbare Position der Pflichtteilsberechtigung entweder freiwillig aufgegeben ist oder beschränkt oder entzogen worden ist bzw. werden kann, der materielle Zuweisungsgrund des Anspruchs entfällt[42]. Beim Erbvertrag wird aufgrund der Bindungswirkung zumindest das gesetzliche Erbrecht des ne. Kindes beseitigt, wenn das Kind beim Tode des Vaters als gewillkürter Erbe oder Vermächtnisnehmer am Nachlaß des Vaters beteiligt sein soll; und bezüglich des Pflichtteilsrechts läßt sich einerseits zwar ebenfalls vertreten, bei entsprechender Höhe der vertragsmäßigen Zuwendung bestünden keine Pflichtteilsansprüche mehr, so daß dadurch die Pflichtteilsberechtigung abgegolten sei und somit der Zuweisungsgrund des Anspruchs aus § 1934 d entfalle. Andererseits aber könnte durchaus behauptet werden, die Pflichtteilsberechtigung werde nicht - wie etwa beim Erbverzicht - im eigentlichen Sinne aufgegeben, sondern sie sei insofern auch weiterhin in der letztwilligen Verfügung enthalten, als das Kind vertragsmäßig in Höhe des zu erwartenden Pflichtteilsanspruchs oder noch darüber hinaus bedacht wird[43]. So erscheint es dann auch nicht recht sinnvoll, die Entscheidung des vorliegenden Problems von der Maßgeblichkeit der einen oder anderen Auffassung abhängig zu machen, zumal sich keine als zwingend darstellt. Für wesentlich ist vielmehr allein die Frage nach dem Bedürfnis des Ausschlusses des Anspruchs zu erachten: Muß wirklich der Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich ausgeschlossen sein, wenn das ne. Kind in dem mit dem Vater abgeschlossenen Erbvertrag in der Weise vertragsmäßig be-

---

42) Siehe dazu im einzelnen oben S. 172 ff.

43) Siehe dazu auch §§ 2305, 2307: Erreicht die letztwillige Verfügung nicht den Wert der Hälfte des gesetzlichen Erbteils, kommen Ansprüche aus §§ 2305, 2307 in Betracht.

dacht ist, daß beim Tode des Vaters Pflichtteilsansprüche nicht bestehen? Da aber sprechen überwiegende Gründe gegen einen Ausschluß; nicht nur, daß sich der Vater beim Abschluß der Erbvertrages durch einen zusätzlichen Erlaßvertrag gegen ein späteres Geltendmachen des Erbausgleich hätte schützen können, er hat ja bei Geltendmachen des Anspruchs aus § 1934 d auch die Möglichkeit, sich nach §§ 2281 Abs. 1, 2078 Abs. 2 oder analog 2294 aus seiner vertragsmäßigen Bindung zu lösen[44]. Außerdem wird auf diese Weise dem Zweck des vorzeitigen Erbausgleichs als Starthilfe Rechnung getragen; das Kind kann nämlich beim Abschluß des Erbvertrages nicht zuverlässig wissen, ob es doch auf eine Starthilfe angewiesen sein wird. Dabei paßt diese Bevorzugung der Interessen des Kindes zum in § 1934 d Abs. 4 S. 2 zum Ausdruck kommenden Schutz weitgehender Entschließungsfreiheit des ne. Kindes[45]; und schließlich erspart man sich in praktischer Hinsicht die lästige Frage, wann nach dem Inhalt des Erbvertrages Pflichtteilsansprüche ausgeschlossen sind. Das Vermögen des Vaters wertmäßig richtig zu erfassen, bringt Schwierigkeiten mit sich, die zum Berechnungsmodus des § 1934 d Abs. 2, der bewußt nicht an der zu erwartenden Nachlaßbeteiligung ausgerichtet wurde[46], in keinem Verhältnis stehen.

c. Wird man daher im Ergebnis davon auszugehen haben, daß ein Erbvertrag, in dem das Kind vertragsmäßig bedacht ist, den Anspruch aus § 1934 d Abs. 1 in Durchsetzung und Bestand nicht berührt und der Vater auf die Rechte aus §§ 2281, Abs. 1, 2078 Abs. 2, 2294 zu verweisen ist, so kommt lediglich dann, wenn das Verhalten des Kindes sich im Einzelfall

---

44) Vgl. dazu oben S. 188.

45) Siehe dazu auch schon oben S. 88 ff.

46) Vgl. die Begründung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, abgedruckt bei Erman-Bartholomeyczik § 1934 e, Nachtragsheft "Nichtehelichenrecht".

als rechtsmißbräuchlich herausstellt, ein Ausschluß des Erbausgleichs in Betracht. Solange dies aber nicht der Fall ist, kann das Kind trotz des mit dem Vater abgeschlossenen Erbvertrages die vorzeitige Abfindung verlangen.

IV. Die Verjährung des Anspruchs; insbesondere die Anwendbarkeit des § 2o8

Angesichts der Notwendigkeit, bereits im Rahmen der Analyse des Entstehungstatbestandes des Anspruchs auf vorzeitigen Erbausgleich in weitgehendem Maße zur Verjährung des Anspruchs Stellung zu nehmen[47], bleibt an dieser Stelle allein zu klären, ob von den grds. anwendbaren allgemeinen Verjährungsvorschriften der §§ 2o2 ff die Regelung des § 2o8 auf den noch nicht notariell vereinbarten bzw. rechtskräftig festgestellten Anspruch anwendbar ist. Die Frage, die im Schrifttum nicht einheitlich beantwortet wird, erlangt vor allem Bedeutung, wenn der Vater vor Zustandekommen des Erbausgleichs Zahlungen im Hinblick auf den Erbausgleich leistet. Während einerseits in einem derartigen Fall § 2o8 ohne weiteres heranzuziehen sein soll[48], wird auf der anderen Seite unter Hinweis auf das in § 1934 d Abs. 4 S. 3 vorausgesetzte Rückforderungsrecht des Vaters eine Unterbrechung der Verjährung nach § 2o8 nicht für möglich gehalten[49]. Zur Lösung dieser Frage ist folgendes zu beachten:

1. Die Anerkennung des Anspruchs nach § 2o8 setzt keine rechtsgeschäftliche Erklärung voraus; es genügt vielmehr jedes tatsächliche Verhalten des Schuldners gegenüber dem

---

47) Vgl. dazu im einzelnen oben S. 29 f, 53 ff.

48) Christiansen S. 165; Odersky § 1934 d Anm. IV 3; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 4; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 2o.

49) Lutter § 3 II 2 c S. 74 Fn. 2o.

Gläubiger, aus dem das Bewußtsein der Verpflichtung eindeutig hervorgeht[5o]. Ob diese Voraussetzungen im Rahmen des vorzeitigen Erbausgleichs vorliegen, ist eine Frage des Einzelfalls und kann nur davon abhängig sein, wie das ne. Kind als Empfänger des Anerkenntnisses das jeweilige Verhalten des Vaters verstehen durfte und mußte[51].

2. Aber selbst wenn die Tatbestandsmerkmale des § 2o8 erfüllt sind, könnte es geboten sein, die Vorschrift entgegen ihrem Wortlaut auf den Anspruch aus § 1934 d nicht anzuwenden. Das wäre jedoch nur unter dem Gesichtspunkt gerechtfertigt, daß Sinn und Zweck des § 2o8 sich beim Anspruch aus § 1934 d nicht verwirklichen lassen und deshalb eine andere rechtliche Betrachtungsweise erforderlich wird.

Wenn § 2o8 schon das rein tatsächliche, anerkennende Verhalten des Schuldners als für die Verjährungsunterbrechung ausreichend ansieht, weil das "stillschweigende Anerkenntnis" als "zahlreichster und wichtigster Fall" des täglichen Lebens sonst die "ihm gebührende Wirksamkeit" verliert[52], so geschieht das vor allem, um den Gläubiger in seinem Vertrauen auf das baldige Erbringen der geschuldeten Leistung zu schützen. Auch das stillschweigende Anerkenntnis vermag den Gläubiger zu beeinflussen, von einer Klageerhebung abzusehen, die zur Unterbrechung der Verjährung führen würde (§ 2o9); aus diesem Hinhalten des Gläubigers soll dem Schuldner kein Vorteil erwachsen.
Dieser Zweck paßt aber auch beim Anspruch aus § 1934 d: Verhält sich der Vater dem ne. Kind gegenüber in der Weise,

---

5o) RGZ 113, 234, 238; Mot. I S. 326; Lehmann-Hübner § 45 II 4 c S. 364.

51) § 133 gilt entsprechend.

52) Mot. I S. 326.

daß sich das Bewußtsein, verpflichtet zu sein - z. B. durch Zahlungen im Hinblick auf den Erbausgleich - eindeutig erkennen läßt, erweckt er im Kind das Vertrauen, mit dem vorzeitigen Erbausgleich einverstanden zu sein. Das Kind wird folglich - gerade wenn der Vater schon Zahlungen erbringt - weder Klage erheben noch darauf drängen, eine Vereinbarung über den vorzeitigen Erbausgleich sofort notariell beurkunden zu lassen.
Ein Gegenargument bildet insbesondere nicht § 1934 d Abs. 4 S. 3[53]. Er stellt lediglich klar, daß durch bloße Zahlungen im Hinblick auf den Erbausgleich noch keine Erbausgleichswirkungen eintreten und dem Vater ein Rückforderungsrecht zusteht[54]. Ein Grund, deshalb von der § 2o8 zugrunde liegenden gesetzlichen Interessenbewertung im Fall des vorzeitigen Erbausgleichs Abstand zu nehmen, ist nicht ersichtlich. Gleichwohl hat die in § 1934 d Abs. 4 S. 3 getroffene Regelung im Rahmen des § 2o8 besondere Bedeutung: Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 2o8 sind nur gegeben, wenn ein Verhalten vorliegt, aus dem das Bewußtsein des Verpflichteten vom Bestehen des Anspruchs unzweideutig hervorgeht[55]; das wird sich im Einzelfall nur unter Berücksichtigung der Tatsache, daß im Hinblick auf den Erbausgleich geleisteten Zahlungen erst mit dem Zustandekommen des Erbausgleichs Erfüllungswirkung zukommt, feststellen lassen.

V. Die Stundungsregelung des § 1934 d Abs. 5

Nach § 1934 d Abs. 5 ist der Vater berechtigt, unter bestimmten Voraussetzungen Stundung des Ausgleichsbetrages zu verlangen.

---

53) A. A. Lutter § 3 II 2 c S. 74 Fn. 2o.
54) Siehe dazu im einzelnen oben S. 152 f.
55) RGZ 113, 234, 238.

1. Sinn und Zweck der Regelung ist es, einen Härteausgleich zwischen Vater und ne. Kind herbeizuführen. Dabei steht jedoch nicht die Höhe der Ausgleichsforderung in Frage - diese richtet sich nach § 1934 d Abs. 2[56]-, vielmehr geht es allein um die Modalitäten der Zahlung des Ausgleichsbetrages. Das Kind wird sich häufig für den Erbausgleich entscheiden in der Absicht, den gesamten Ausgleichsbetrag sofort für einen bestimmten Zweck zu verwenden, so daß die als Starthilfe gedachte Erbabfindung ihre Aufgabe nicht erfüllt, wenn nicht der gesamte Betrag auf einmal in die Hände des Kindes gelangt. Andererseits sieht sich der Vater durch die Entscheidung des ne. Kindes gezwungen, die zur Erfüllung der Ausgleichsforderung notwendigen Geldmittel zu beschaffen; das wird ihm nicht selten grosse Schwierigkeiten bereiten. Einigen sich die Parteien dann nicht in der Weise gütlich, daß der Vater den Ausgleichsbetrag erst zu einem späteren Zeitpunkt oder in Teilbeträgen zu leisten hat, so trägt § 1934 d Abs. 5 diesem Interessenkonflikt Rechnung[57]: Auf Antrag des Vaters ist unter bestimmten Voraussetzungen eine Stundung des Ausgleichsbetrages möglich.

2. Soweit über die Ausgleichsforderung ein Rechtsstreit anhängig ist, kann der Vater nur in diesem Verfahren den Antrag auf Stundung stellen, über den das Prozeßgericht durch Urteil entscheidet (§ 1934 d Abs. 5 S. 3 i. V. m. § 1382 Abs. 5). In allen anderen Fällen ist das Vormundschaftsgericht anzurufen (§ 1382 Abs. 1). Dabei ist zu beachten, daß dieses berechtigt ist, eine rechtskräftige Entscheidung über

---

56) Siehe dazu im einzelnen oben S. 59 ff.

57) Vgl. auch Odersky § 1934 d Anm. IX 1 a; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 3o; Richter, BWNotZ 197o S. 7.

die Stundung aufzuheben oder zu ändern, wenn sich die Verhältnisse nach einer Entscheidung über die Stundung wesentlich geändert haben (§ 1382 Abs. 6)[58].

3. Die Voraussetzungen der Stundung

Zwei Tatbestände sind nach der gesetzlichen Regelung zu unterscheiden. § 1934 d Abs. 5 S. 1 betrifft die Stundung bei laufender Unterhaltspflicht des Vaters, in § 1934 d Abs. 5 S. 2 sind die Voraussetzungen der Stundung in anderen Fällen normiert.

a. Die allgemeine Regelung des Abs. 5 S. 2

Nach Abs. 5 S. 2 kann der Vater in anderen Fällen als dem des Abs. 5 S. 1 Stundung verlangen, wenn ihn die sofortige Zahlung des gesamten Ausgleichsbetrages besonders hart treffen würde und dem Kind eine Stundung zuzumuten ist. Zu diesen Voraussetzungen ist im einzelnen folgendes auszuführen:

aa. Sie konkretisieren - wenn auch mit unbestimmten Rechtsbegriffen - den Maßstab, der bei der Lösung des oben[59] aufgezeigten Interessenkonflikts anzulegen ist.

Auf seiten des Vaters ist zu beachten, daß ihn die sofortige Zahlung des gesamten Ausgleichsbetrages unter Berücksichtigung seiner Einkommens- und Vermögensverhältnisse besonders hart treffen muß. Bloße Unzumutbarkeit reicht allein nicht aus, es ist ein strengerer Maßstab anzulegen als im Fall der laufenden Unterhaltsgewährung; dies ergibt sich aus

---

58) Vgl. Odersky § 1934 d Anm. X 1 a und b; Bosch, FamRZ 1972 S. 148 (zu LG Braunschweig FamRZ 1972 S. 147); zu den Einzelheiten des Verfahrens vor den Vormundschaftsgericht und dem Prozeßgericht vgl. insbesondere Odersky § 1934 d Anm. X 2; Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 9 c.

59) S. 196.

dem Zusammenhang mit Abs. 5 S. 1[60]. Für das Kind darf die Stundung nicht unzumutbar sein, d. h. schutzwürdigen Belangen des Kindes ist bei der Entscheidung über den Stundungsantrag des Vaters Rechnung zu tragen.

bb. Wenn das Gesetz Begriffe wie "zumutbar" und "besonders hart" verwendet, kann die Ermittlung dessen, was "zumutbar" ist und was "besonders hart" trifft, nur der Entscheidung im Einzelfall überlassen werden[61], bei der jedoch nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung folgende Aspekte notwendig zu beachten sind:

Was die als schutzwürdig anzuerkennenden Interessen des Vaters betrifft, ist einerseits zu bedenken, das angesichts des nicht unerheblichen Erbausgleichsbetrages eine sofortige Zahlung der gesamten Summe aus dem laufenden Einkommen in der Regel unmöglich ist[62]. Diese wirtschaftliche Situation liegt als Normalfall dem Gesetz zugrunde, so daß dem Vater eine Inanspruchnahme der Substanz seines Vermögens durch Veräußerung oder Belastung bestimmter Gegenstände grds. zumutbar ist und ihn nicht i. S. des § 1934 d Abs. 5 S. 2 "besonders hart" trifft. Andererseits hat der vorzeitige Erbausgleich aber nicht den Sinn, den Vater wirtschaftlich zu ruinieren; dieser soll sich dagegen wehren dürfen, bei der Beschaffung des erforderlichen Geldbetrages Vermögenswerte verschleudern zu müssen, um auf diese Weise - z. B. durch Aufgabe eines Geschäftsbetriebes - seine eigene und die Existenz seiner Familie aufs Spiel zu setzen[63].

---

60) Siehe dazu auch Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 9 b; Erman-Bartolomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 3o; BGB-RGRK-Kregel § 1934 d Rdn. 9; Lutter § 3 VIII 1 b S. 86.

61) Vgl. Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 17; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 3o; Odersky § 1934 d Anm. X 2.

62) Siehe auch KG FamRZ 1973 S. 51, 52.

63) Vgl. dazu Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 3o; Christiansen S. 256; vgl. auch KG FamRZ 1973 S. 51, 52: Die Notwendigkeit der Kreditaufnahme kann im Einzelfall das Stundungsverlangen rechtfertigen.

Das ne. Kind hingegen hat grds. ein schutzwürdiges Interesse an Barzahlung[64]. Das folgt schon daraus, daß der in § 1934 d Abs. 5 getroffenen Regelung Ausnahmecharakter zukommt. Außerdem kann im Rahmen des Abs. 5 S. 2 die Entscheidung über die Zumutbarkeit der Stundung nicht ohne Rücksicht auf den Sinn der Erbabfindung als Starthilfe getroffen werden. Entspringt das Geltendmachen der Ausgleichsforderung dem dringenden Bedürfnis nach einer Starthilfe, werden daher die Belange des ne. Kindes häufig als schutzwürdig anzuerkennen sein[65].

b. Die Stundung wegen laufender Unterhaltsgewährung

Nach § 1934 d Abs. 5 S. 1 ist für die Stundung des Ausgleichsbetrages maßgeblich, inwieweit es dem Vater nicht zuzumuten ist, die Erbabfindung neben der Gewährung des Unterhalts zu leisten.

Da Abs. 5 S. 2 die Stundung "in anderen Fällen" betrifft, muß Abs. 5 S. 1 als Spezialregelung zu Abs. 5 S. 2 verstanden werden, in der der Gesetzgeber die bei der Lösung des Interessenkonfliktes zwischen Vater und ne. Kind zu berücksichtigenden Kriterien bereits in der Weise konkretisiert hat, daß allein auf die Belange des Vaters abzustellen ist. Neben dem ohnehin schon grds. schutzwürdigen Interesse des ne. Kindes an Barzahlung sind daher sonstige finanzielle und persönliche Interessen des Kindes nicht zu beachten[66], es ist lediglich anhand der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Vaters zu prüfen, ob bei sofortiger Zahlung des gesamten Ausgleichsbetrages die Opfergrenze des Vaters gänzlich oder in einem bestimmten Umfang überschritten wird.

---

64) Siehe Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 9 b.

65) Vgl. dazu auch Lutter § 3 VIII 1 b S. 86; Christiansen S. 257.

66) So wohl auch Lutter § 3 VIII 1 a S. 86; a. A. wohl Palandt-Keidel § 1934 d Anm. 9 a.

Ein fester Maßstab läßt sich angesichts des unbestimmten Rechtsbegriffs der Zumutbarkeit nicht aufstellen, die zu Abs. 5 S. 2 aufgezeigten Grundsätze[67] gelten entsprechend; allerdings ist hier wegen der noch laufenden Unterhaltsgewährung eine mildere Beurteilung als im Rahmen des Abs. 5 S. 2 geboten[68].

4. Die Modalitäten der Stundung ergeben sich aus § 1934 d Abs. 5 S. 1, S. 2 sowie aus der Verweisung des § 1934 d Abs. 5 S. 3 auf § 1382.

Aus dem Wortlaut des § 1934 d Abs. 5 S. 1 "soweit ihm die Zahlung nicht zugemutet werden kann", ist zu entnehmen, daß hier u. U. sogar eine Stundung des gesamten Ausgleichsbetrages in Betracht kommt. Hingegen eröffnet § 1934 d Abs. 5 S. 2 lediglich die Möglichkeit zur Stundung eines Teilbetrages[69]; denn nach dieser Vorschrift ist das Stundungsverlangen berechtigt, wenn den Vater die sofortige Zahlung des "gesamten Ausgleichsbetrages besonders hart trifft und dem Kind eine Stundung zuzumuten ist.
Ansonsten kann Ratenzahlung festgesetzt werden, die gestundete Forderung hat der Vater in jedem Fall zu verzinsen (§ 1382 Abs. 2, Abs. 4), und auf Antrag des Kindes ist die Anordnung möglich, daß vom Vater Sicherheit geleistet werden muß (§ 1382 Abs. 3)[7o].

---

67) Oben S. 198.

68) Vgl. dazu oben S. 197 f und dort die Zitate zu Fn. 6o.

69) Siehe Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/197o S. 18; vgl. auch Damrau, FamRZ 1969 S. 59o.

7o) Vgl. dazu Lutter § 3 VIII 3 S. 87; Johannsen, WPM Sonderbeilage 3/ 197o S. 18; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 1934 d Rdn. 3o; Soergel-Siebert-Schippel § 1934 d Rdn. 17, 18.

L e b e n s l a u f

Am 11. 4. 1950 erblickte ich als erstes von drei Kindern der Eheleute Dr. phil. Karl Stegtmeyer und Frau Gertrud, geb. Schröer, in Thuine, Kreis Lingen, das Licht der Welt. Nach meiner Einschulung im Jahre 1956 in die katholische Kreuzschule zu Münster und dem Besuch des dortigen altsprachlichen Gymnasiums Paulinum legte ich am 22. 5. 1968 die Reifeprüfung ab. Im Wintersemester 1968 begann ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität das juristische Studium. Dieses wurde jedoch schon bald aufgrund der Einberufung zum Wehrdienst zum 1. 4. 1969 unterbrochen. Nach meiner Entlassung aus der Bundeswehr nahm ich - erneut in Münster - zum Wintersemester 1970/71 das Studium wieder auf und meldete mich nach dem achten Semester zur ersten juristischen Staatsprüfung, die ich am 22. 2. 1975 vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm bestand. Seit dem Sommersemester 1975 arbeitete ich an der vorliegenden Dissertation und bin seit dem 1. 9. 1976 Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst in Münster. Die mündliche Doktorprüfung fand am 11. 11. 1976 statt.